Wann ist ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz statthaft?

Inaugural - Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Friedrich W. E. M Fritsch

Referendar

in Sulzbach.

BIBL

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1902

MEINEN GELIEBTEN ELTERN.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0118

Litteratur-Verzeichnis

Bayer, das Recht aus erlaubter eigenmächtiger Pfändung, Berliner Dissertation 1899.

Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Bekker, zur Reform des Besitzrechts in Iherings Jahrbüchern Band XXX, N. F. Band XVIII, S. 235—362. Jena 1891.

Bekker, der Besitz beweglicher Sachen in Iherings Jahrbüchern, Band XXXIV, N. F. Band XXII, S. 1—81. Jena 1895.

Biermann, Kommentar zum BGB. Sachenrecht. Berlin 1898.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.

v. Buchka, BGB. und gemeines Recht. 2 Auflage. Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Auflage. Jena 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Band. Tübingen 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 5. Auflage, Halle 1894.

Dernburg, Pandekten. 6. Auflage. Berlin 1900.

Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. 2. Auflage. Halle 1901.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Auflage. Berlin 1898.

Fischer-Henle, bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen. 3. Aufl. München 1899.

Fitzler, die zivilrechtliche Bedeutung des Notstandes. Jenenser Dissertation 1901.

Hölder, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. München 1900.

Illing, Handbuch für preussische Verwaltungsbeamte. 6. Auflage. Berlin 1895.

Janka, der strafrechtliche Notstand. Erlangen 1878.

Jung, Delikt und Schadenverursachung. Heidelberg 1897.

Kniep, der Besitz des BGBs. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Leske, Vergleichende Darstellung des BGBs. für das deutsche Reich und des preussischen allgemeinen Landrechts. Berlin 1898.

Levita, das Recht der Notwehr, Giessen 1856.

v. Liszt, die Deliktsobligationen. Berlin 1898.

v. Meibom, das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.

Meisner, das BGB. für das deutsche Reich. Kommentar. Breslau 1898.

Merkel, Rudolf, die Kollision rechtmässiger Interessen. Strassburg 1895.

Motive zu dem Entwurfe eines BGBs. für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Band I, Berlin und Leipzig 1888. Band II, 2. Auflage, Berlin 1896. Band III, Berlin und Leipzig 1888.

Pernice, Labeo. II. Band, I. Abteilung. 2. Auflage. Halle 1895.

Planck, Kommentar zum BGB. 2 Auflage. Berlin 1898.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGBs. Band I. Berlin 1897. Band III. 1899.

Puchta, Kursus der Institutionen 10. Auflage. Leipzig 1893.

Randa, der Besitz nach österreichischem Rechte 4. Auflage. Leipzig 1895.

Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.

Rehbein, das BGB. mit Erläuterungen. Berlin 1899.

Rümelin, die Gründe der Schadenzurechnung. Freiburg und Leipzig 1896.

Savigny, das Recht des Besitzes. 7. Auflage. Wien 1865.

Scherer, allgemeiner Teil des BGBs. Erlangen 1897. Sachenrecht 1899.

Schmitt, die Selbsthilfe im römischen Privatrecht. Erlangen 1868.

Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. Erlangen 1878.

Strohal, der Sachbesitz nach dem BGB. für das deutsche Reich. Jena 1897.

Sydow-Busch, Zivilprozessordnung mit Anmerkungen. 8. Auflage. Berlin 1898.

v. Thur, der Notstand im Zivilrecht. Heidelberg 1888.

Titze, die Notstandsrechte, Berliner Dissertation 1897.

Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht. I. Band: das Sachenrecht des BGBs. Paderborn 1900.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Iherings Jahrbücher. Bd. XXX, N. F. Bd. XVIII, S. 235—421.

Wendt, das Faustrecht. Jena 1883.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage. Frankfurt 1900.

Zitelmann, das Recht des BGBs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Inhaltsübersicht.

Einleitung 11

Der statthafte eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz 16

Die Disposition 16

I. Abschnitt.

Die allgemeinen Fälle 18

A. Der Begriff des Notstandes und die rechtliche Natur der Notstandshandlung 18

B. Der eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz als statthafte Notstandshandlung 26

1. Die Selbstverteidigung 26

a. Die Notwehr 26

b. Der Selbstschutz des Besitzers 35

c. Die Notstandshandlung im engeren Sinne 57

2. Die Selbstbefriedigung. 69

II. Abschnitt.

Die besonderen Fälle 79

A. Überleitung.

B. Die einzelnen Fälle.

1. Die Selbstverteidigung 81

2. Die Selbstbefriedigung 84

Vorbemerkung.

a. Das Eigenmachtsrecht aus § 561 (581, 704) BGB. 85

b. DasEigenmachtsrecht aus § 962 BGB. 87

c. DasEigenmachtsrecht aus § 910 BGB. 90

d. Das Eigenmachtsrecht ausArt89 EFG. z. BGB. 97

Einleitung.

Das Recht umgiebt die Rechtskreise der einzelnen Menschen mit Schranken, deren Überschreiten es anderen nur mit Zustimmung des Rechtsträgers oder mit staatlicher Ermächtigung an der Hand staatlicher Organe gestattet. Der Eigenmacht ist es abhold und beugt dadurch der Willkür vor, in die der leicht verfällt, der, nur vom eigenen Willen geleitet, fremde Rechtskreise betritt. Durch dies Verbot verfolgt es seinen Zweck, die Lebensgüter zu schützen, die es, seines Schutzes für wert haltend, zu Rechtsgütern erhebt, das Leben, den Leib, die Ehre, die Freiheit, das Vermögen und den Besitz.

Aber das Leben zwingt das Recht, diesen Grundsatz mit Ausnahmen zu durchlöchern. Die Rechtskreise der einzelnen berühren sich so oft, die Interessen stehen sich so oft in entscheidungsvollem Kampfe gegenüber, dass entweder der Helfer Staat nicht abgewartet werden kann, ohne dass nicht wieder gut zu machender Schaden entsteht, so dass der einzelne sich selbst helfen, eigenmächtig handeln muss oder dass das Erfordernis, die Staatshülfe an-

zurufen, zu unerträglichen Verschleppungen und unnötiger Belastung der staatlichen Organe führen würde.

Wenn sich das Recht die Frage stellt, wieweit es diesem Bedürfnisse Rechnung tragen, wieweit es Eigenmacht gestatten solle, so ist eine Grenze von vornherein gesetzt, über die hinaus es nicht zu blicken braucht: Die Statthaftigkeit der Eigenmacht kann nur in Frage kommen, wenn sie zum Schutze einer Rechtssphäre geschieht. Wer seine Rechtssphäre auf fremde Kosten eigenmächtig erweitert, wer auf Eroberungen ausgeht, handelt stets widerrechtlich. Nur wer seinen Rechtskreis in seinem Bestande schützt, wer drohende Gefahren beseitigt, unsicheren Zuständen abhilft, darf auf gesetzliche Billigung seiner Eigenmacht hoffen. Nur wo der Staat selbst seinen helfenden Arm leihen würde, lässt er sich in Ausnahmefällen vertreten. Das Recht verlässt den Grundsatz des Rechtsschutzes nur, wenn die Ausnahme zu Gunsten des Rechtsschutzes selbst nötig wird.[1]

---

1 Diesem Grundsatze scheinen manche Normen nicht zu entsprechen. Betrachtet man z. B. die §§ 905, 906 und 910 Abs. 2 BGB. (der Nachbar darf die Wurzeln soweit eindringen, die Zweige soweit überhängen lassen, als die Benutzung des anderen Grundstücks nicht beeinträchtigt wird), so könnte man in diesen dem Eigentümer gegenüber statthaften Einwirkungen eigenmächtige Eingriffe in fremde Rechtskreise erblicken, die keineswegs zum Zwecke des Rechtssphärenschutzes geschehen. Der Sachverhalt ist jedoch ein anderer. Diese Bestimmungen, die den Umfang des Eigentums beschränken, bezwecken nicht die Sanktionierung eigenmächtiger Eingriffe in fremde Rechtskreise. Es wird vielmehr hier im Interesse eines erträglichen Nebeneinanderlebens die Rechtssphäre des einen etwas erweitert, die des andern

Diese Grenzen des Rechtssphärenschutzes, innerhalb deren das Recht die Ausnahmen statuiert, sind nicht eng gezogen. Der Schützer eines Rechtsguts ist mit wirksamen Mitteln ausgestattet. Er braucht sich nicht auf die Abwehr von Angriffen zu beschränken, er wendet sich gegen drohende Gefahren, die er durch offensives Vorgehen beseitigt, denen er durch Eingriffe in fremde, unbeteiligte Rechtskreise ausweicht.

Eine Art von Rechtsgütern bedarf wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit eines besonders erweiterten Schutzes: Die Ansprüche. Ihr Wert liegt nicht in ihrer Existenz allein, sondern darin, dass der ihnen entsprechende thatsächliche Zustand der Dinge eintritt. Deshalb muss der, welcher den Anspruch schützen will, die Möglichkeit seiner Verwirklichung sichern, er muss, wenn die gegenwärtig gegebene Möglichkeit für die Zukunft fraglich ist, den Anspruch eigenmächtig befriedigen. So zeichnet sich die Eigenmacht zum Zwecke des Anspruchsschutzes durch ihre Ausdehnung aus, die das Wesen des Anspruchs fordert. Damit verlangt sie eine besondere Betrachtung. Sie darf aber deshalb zu den anderen Fällen der Eigenmacht nicht in Gegensatz gestellt werden, und vor allem darf der Unterschied nicht in ihrer Offensivität gesucht werden, da dieses Merkmal, wie gezeigt werden wird, durch-

---

etwas verengt. Daher liegt in diesen Einwirkungen gar kein Eingriff in fremde Rechtssphären sondern ein Handeln innerhalb des eigenen Machtbereichs.

aus nicht auf die Eigenmacht zum Schutze von Ansprüchen beschränkt ist.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass auch die üblichen termini „Selbstverteidigung“ und „Selbstbefriedigung“ nicht einwandfrei sind. Ersteres Wort, das für die Eigenmacht zum Schutze der Rechtsgüter mit Ausnahme der Ansprüche gebraucht wird, passt nicht für die Fälle des offensiven Rechtsgüterschutzes, letzteres nicht für die Fälle, in denen der gefährdete Anspruch nur gesichert wird. Da der Gebrauch dieser Ausdrücke nun aber allgemein geworden ist, wird er auch hier beibehalten.[1]

Wir haben im vorigen die Grenzen gezogen, innerhalb deren das Recht die Ausnahmefälle statthaften Eingriffs in fremde Rechtssphären statuiert. Wie hat es innerhalb dieser Grenzen gewaltet? Das zu untersuchen, ist die Aufgabe dieser Abhandlung jedoch mit einer Beschränkung. Wir betrachten nur die Fälle, in denen die eigenmächtige Einwirkung auf fremde Rechtsgüter einen Eingriff in fremden Besitz bedeutet. Diese Beschränkung

1 Was die Terminologie des BGBs. betrifft, so braucht es den Ausdruck „Selbstverteidigung“ nur für den eigenmächtigen Rechtsgüterschutz, der aus allgemeinen Gründen als Notstandshandlung (in unserm unten erläuterten Sinne) statthaft ist. Den Ausdruck „Selbstbefriedigung“ hat das Gesetz überhaupt nicht. Den als Notstandshandlung statthaften Anspruchsschutz nennt es „Selbsthülfe“ und engt den Begriff dieses Wortes, das in der Wissenschaft gleichbedeutend mit Eigenmacht gebraucht wurde, dadurch stark ein. In dieser Arbeit bedeutet „Selbstverteidigung“ jeden eigenmächtigen Rechtsgüterschutz mit Ausnahme des Anspruchsschutzes, „Selbstbefriedigung“ jeden eigenmächtigen Anspruchsschutz.

kann einen Einblick in die ganze Materie nicht vereiteln aus folgendem Grunde: Bei der Einwirkung auf fremde Rechtsgüter wird in den häufigsten Fällen das Vermögen betroffen. Die ernsteren Konflikte, in denen die anderen Güter in Mitleidenschaft gezogen werden, sind seltener. Der Normalfall der Einwirkung wird aber fast stets einen Eingriff in fremden Besitz enthalten, da sich einmal das fremde Vermögen gewöhnlich auch in fremdem Besitz befindet und weiter ein Antasten solchen Vermögens regelmässig einen Eingriff in fremden Besitz darstellt.

Hier treten wir vor die Frage, was unter „Eingriff in fremden Besitz" zu verstehen ist. „Eingriff" bedeutet Besitzentziehung und Besitzstörung. Besitzentziehung ist Besitzbeendigung. „Gestört, ohne aufgehoben zu werden, wird der Besitz dadurch, dass sich der Wille eines Nichtbesitzers in einer einzelnen Beziehung in Widerpruch mit dem Willen des Besitzers für die Sache geltend macht. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass der andere selbst auf die Sache einwirkt, oder dadurch, dass er dem Besitzer eine Einwirkung auf die Sache unmöglich macht." Diese Definition der Besitzstörung gibt Windscheid.[1] Es haben jedoch über den Umfang des Begriffs vielfach Zweifel obgewaltet, und man hat von Fall zu Fall untersucht, ob in einem Eingriff in fremden Besitz eine „Besitzstörung" zu erblicken sei. Diese Untersuchung war nötig zur Entscheidung

1 Pandekten I. S. 712 fg.

darüber, ob im Einzelfalle die Besitzstörungsklage zu gewähren sei. Dieser Grund fällt für uns weg. Ein Eingriff in fremden Besitz wird dadurch nicht statthaft, dass er die Besitzstörungsklage nicht ermöglicht, und daher nicht als „Besitzstörung" in dem im Hinblick auf den Prozess entstandenen technischen Sinne erscheint. Wir, die wir die ausnahmsweise statthaften Fälle ermitteln wollen, ziehen daher jede Antastung fremden Besitzes in den Bereich unserer Betrachtung. Diese Ausdehnung des Begriffes bestätigt unsere Behauptung, dass die Einwirkung auf fremdes Vermögen regelmässig einen Eingriff in fremden Besitz bedeutet. So wird mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen unsere Untersuchung trotz ihrer Begrenzung uns in die wichtigsten Gebiete des Rechtes der statthaften Eigenmacht führen. Das Ziel ist, die Fälle festzustellen, in denen das deutsche bürgerliche Recht, wie es uns im BGB. vorliegt, den eigenmächtigen Eingriff in fremden Besitz gestattet; es sollen jedoch auch die interessantesten Bestimmungen des aufrechterhaltenen Landesrechts, soweit sie in diese Materie einschlagen, gestreift werden.

Der statthafte eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz.

Die Disposition.

Als Grenze, in der das Recht den eigenmächtigen Eingriff in fremden Besitz gestattet, wurde der Zweck

des Rechtsgüterschutzes bezeichnet. Innerhalb dieses Gebietes nehmen wir eine Scheidung vor:

1. Das Recht macht unter bestimmten Voraussetzungen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes geschehene Handlungen, die an sich rechtswidrig sind, zu rechtmässigen. Soweit dank solcher Bestimmungen ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz statthaft wird, sprechen wir von den „allgemeinen Fällen."

2. Ferner hat das Recht zum Schutze bestimmter Rechtsgüter (körperlicher Gegenstände und Ansprüche) die eigenmächtige Einwirkung auf andere bestimmte Rechtsgüter ausnahmsweise gestattet. Soweit durch solche spezielle Bestimmungen der eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz statthaft wird, sprechen wir von den „besonderen" Fällen.

Dass die Fälle der Selbstverteidigung von denen der Selbstbefriedigung zu trennen sind, ergab sich schon oben.

Damit ist der Weg gewiesen, auf dem man die Fälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz betrachtet: Man stellt zunächst die allgemeinen Fälle fest und scheidet unter ihnen die Gruppen der Selbstverteidigung und der Selbstbefriedigung. Dann wendet man sich zu den besonderen Fällen, die sich gleichfalls jenen beiden Gruppen unterordnen lassen.

I. Abschnitt.

Die allgemeinen Fälle.

A. Der Begriff des Notstandes und die rechtliche Natur der Notstandshandlung.

Die Rechtsgüter bedürfen des Schutzes am dringendsten im Notstande. Die im Notstande zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes vorgenommenen Handlungen, die an sich rechtswidrig sind, werden in ihrer rechtlichen Natur qualifiziert. Wann ist nun der eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz Notstandshandlung und wie wird er als solche beurteilt?

Der Begriff des Notstandes ist auf dem Gebiete des Strafrechts entstanden. Dort sah man sich zuerst genötigt, den Druck der Verhältnisse, unter denen eine That begangen war, bei deren Beurteilung zu berücksichtigen und unter Umständen von einer Strafe abzusehen oder Milde walten zu lassen.[1] Dieser Gedanke findet im Reichsstrafgesetzbuch Ausdruck im § 54:

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung ausser dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht

1 vgl. v. Thur, der Notstand im Zivilrecht. Heidelberg 1888 S. 1.

zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist.

Ferner im § 52, Abs. 1:

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter [durch unwiderstehliche Gewalt oder][1] durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist.

vgl. ausserdem § 313 Abs. 2 u. a.

Erweist sich der in diesen Paragraphen verwendete Begriff des Notstandes schon für das Strafrecht als zu eng, so empfinden besonders die Zivilisten das Bedürfnis seiner Erweiterung bei der Erkenntnis, dass der Notstand nicht nur im Strafrecht als Strafausschliessungsgrund in Betracht komme, sondern dass er auch im Privatrecht von Bedeutung sei bei der Beurteilung rechtswidriger oder gar rechtmässiger Handlungen.[2] Eine Erweiterung war nötig in Hinsicht auf die gefährdeten Rechtsgüter und auf die Quelle der Gefahr, die den Notstand herbeiführt. Ausser der Gefährdung von Leib und Leben wurde auch die der andern Rechtsgüter insbesondere sowohl die der Sachen als der

1 die eingeklammerten Worte sind in diesem Zusammenhang belanglos, weil hier von einem „Handeln" im juristischen Sinne überhaupt nicht mehr die Rede ist. vgl. v. Thur, a. a. O. S. 4 und S. 42.

2 v. Thur behandelt den Notstand beim Abschluss von Rechtsgeschäften und bei der Erfüllung von Obligationen a. a. O. S. 6 bis S. 35.

Ansprüche[1] zur Begründung eines Notstandes für hinreichend erachtet. Ferner konnte auch die Notwehr dem allgemeinen Notstandsbegriffe unterstellt werden, da es begrifflich gleichgültig ist, ob die Gefahr durch den rechtswidrigen Angriff eines andern Rechtssubjekts — wir erkennen Notwehr nur gegen Menschen an s. u. S. 33 — entsteht oder auf andere Weise;[2] in der rechtlichen Behandlung zeichnet sich die Notwehr wegen der so qualifizierten Gefahr allerdings erheblich von den andern Notstandsfällen aus.

Mit diesen Erweiterungen findet man einen Notstandsbegriff, der weit über den der oben angeführten Paragraphen des Strafgesetzbuchs hinausgeht. Als erste Voraussetzung ergiebt sich schon aus dem Wortlaut eine „Not" d. h., „ein dem Recht sehr unerwünschter Konflikt von zwei Dingen, die es gern beide erhalten sähe, während doch die Erhaltung des einen die Vernichtung oder Verletzung des andern bedingt."[3] Der im Notstande befindliche Mensch steht also vor der Wahl, entweder das Rechtsgut, dessen Unversehrtheit ihn interessiert,

---

1 s. Titze, die Notstandsrechte. Berliner Dissertation 1897 S. 21. Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885 S. 790 Anm. 7; „es steht nichts im Wege, diese Kollision zwischen Rechtsverlust und Verbot der Eigenmacht als einen Notstand und das Recht zur Eigenmacht als ein echtes Notrecht zu betrachten." Derselben Ansicht: v. Thur a. a. O. S. 68 und R. Merkel, die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen. Strassburg 1895 S 15.

2 Derselben Ansicht sind Titze a. a. O. S. 16 und die ebenda Anm. 52 zitierten Schriftsteller.

3 Binding a. a. O S. 756.

preiszugeben oder ein fremdes Rechtsgut zu verletzen.[1] Wie wird nun diese Rechtsverletzung in ihrer Beurteilung dadurch beeinflusst, dass sie im Notstande vorgenommen wird? Die Lösung dieser Frage muss ergeben, ob der im Notstande geschehene Eingriff in fremden Besitz, der an sich widerrechtlich ist, in seinem Charakter verändert, ob er „statthaft" wird und was unter dieser „Statthaftigkeit" zu verstehen ist.

Es giebt drei Möglichkeiten:

1. Die Handlung bleibt rechtswidrig (im Sinne von normenwidrig), sie bleibt aber, falls sie kriminell bedroht sein sollte, straflos.

2. Die Handlung wird unverboten. Das Recht zieht seine Normen zurück („Es verzichtet auf Befolgung der Norm")[2] Die Handlung ist nicht mehr normenwidrig, aber sie bleibt „rechtswidrig" im Sinne von „ohne Recht sich vollziehend."[3]

1 R. Merkel nennt diesen Konflikt eine „Kollision von Interessen d. i. ein gegensätzliches Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, dass die Geltendmachung des einen nur möglich ist auf Kosten des andern." a. a. O. S. 14 und 15.

Übrigens beschränken wir uns bei dieser Begriffsbestimmung auf die Notstandshandlungen, die für unsere Untersuchung lediglich interessieren. Dass der Notstand auch für andere als rechtsverletzende Handlungen von Bedeutung ist, wurde oben S. 19 erwähnt. Vgl. A. Pernice, Labeo. Halle 1895 S. 67 Anm. 1.

2 Binding a. a. O. S. 765.

3 Binding a. a. O. S. 738. So versteht also Binding den Begriff „rechtswidrig". Damit fällt der Vorwurf, den R. Merkel a. a. O. S. 37 Binding macht, dass er mit der Zulassung von Notwehr gegen die Notstandshandlung diese als einen „rechtswidrigen" Angriff im Sinne des § 53 StrGB. anerkenne. Dies kann Binding bei seinem Begriffe der Rechtswidrigkeit, wie er ihn a. a. O. S. 738 giebt, ja thun, ohne dadurch seiner Notstandshandlung die Qualität des Unverbotenseins zu entziehen und sie „normenwidrig" zu machen.

3. Die Handlung wird rechtmässig, sie vollzieht sich mit Recht.

Es ist von umfassender Bedeutung, welche von diesen Möglichkeiten das Recht wählt. Wählt es eine der beiden ersten, so hat das folgende Konsequenzen: die Notstandshandlung behauptet sich dem objektiven Recht gegenüber. Mag man nach 1 die Norm noch für verletzt halten, wie es früher allgemeine Ansicht war, die Folge der Normenverletzung, die Strafe, bleibt aus. Mag man nach 2 die Norm für zurückgezogen erachten, was Binding unter schroffer Ablehnung der ersten Möglichkeit[1] für richtig hält, dann liegt eine Verletzung des objektiven Rechts überhaupt nicht mehr vor. Aber das subjektive Recht ist als Gegner geblieben. Die Notstandshandlung bleibt „rechtswidrig" im Bindingschen Sinne. Das subjektive Recht bleibt der Notstandshandlung gegenüber, die verletzend an es herantritt, wirksam, es verteidigt sich durch Notwehr.

Anders wenn wir die dritte Möglichkeit annehmen. Hier wird die Notstandshandlung rechtmässig. Auch das subjektive Recht muss ihr weichen, Notwehr ist nicht mehr denkbar, weil der verletzenden Handlung die Rechtswidrigkeit mangelt. Ja, man hat sich vielfach nicht damit begnügt, die Notstandshandlung für rechtmässig zu erklären; man hat auf Seiten des Handelnden ein Recht zur Vornahme der Handlungen konstruiert, ein Notstandsrecht.[2]

---

1 a. a. O. S. 765.

2 Titze a. a. O. S. 32. Dagegen Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. I S. 534, Anm. 3.

Das positive Recht hat die Notstandshandlungen nun einer sehr verschiedenen Beurteilung unterworfen. Allgemein und zu allen Zeiten ist die Notwehr, diese besonders ausgezeichnete Art der Notstandshandlungen, für rechtmässig erklärt worden und zwar mit gutem Grunde. Hier steht nämlich Unrecht dem Rechte gegenüber und jenes muss weichen. „Das sonst geschützte Interesse des Verletzten (ergänze: durch die Notstandshandlung) wird hier preisgegeben wegen des rechtswidrigen Verhaltens seines Trägers.“ [1]

Ähnliches gilt von den Notstandshandlungen, die zum Zwecke der Selbstbefriedigung vorgenommen werden. Auch hier liegt ein Unrecht des Verletzten vor, eine unterlassungsweise Rechtsverletzung.[2]

Schwieriger war die Frage bei den noch übrigen Notstandshandlungen, die man auch als solche im engern Sinne bezeichnet. Was zunächst das Strafrecht betrifft, so hat es das Problem nicht gelöst. Es erklärt seine Notstandshandlungen für straflos, ohne über ihre rechtliche Natur etwas zu sagen, die Entscheidung darüber vielmehr dem Zivilrecht überlassend. Das Bedürfnis, diese Entscheidung zu Gunsten der Notstandshandlungen ausfallen zu lassen, war da. In einer grossen Menge von Fällen würde es zu unerträglichen Resultaten führen, wenn die Notstandshandlung im engern Sinne nicht rechtmässig wäre, wenn Notwehr gegen sie stattfände. Daher

1 Merkel a. a. O. S. 15.

2 J. Schmitt, die Selbsthilfe im röm. Privatrecht. Erlangen 1868. S. 3.

musste das Zivilrecht innerhalb eines bestimmten Rahmens, der bald enger bald weiter ist als der der §§ 52 und 54 StrGB., die Notstandshandlung im engern Sinne für rechtmässig erklären. Dass diese Handlungen dadurch auch für das Strafrecht rechtmässig und straflos wurden, unterliegt heute keinem Zweifel mehr.[1]

Erschwert wurde die Rechtmässigkeitserklärung zunächst dadurch, dass man nicht wie bei der Notwehr und der Selbstbefriedigung diese Notstandshandlungen schlechthin für rechtmässig erklären konnte, dass man vielmehr ganz bestimmte Voraussetzungen aufstellen musste. Ein zweites Hindernis war die Beobachtung, dass manche Notstandshandlungen auf der einen Seite die Rechtmässigkeitserklärung dringend verlangten, während sie anderseits billigerweise eine Schadenersatzpflicht begründen mussten. Dieses letztere Hindernis wurde weggeräumt durch die Anerkennung einer Schadenersatzpflicht auch bei rechtmässigen Handlungen.[2] Die erst genannte Schwierigkeit hat die Gesetzgebung durch Aufstellung bestimmter Normen lösen müssen. Dabei war vor allem der „Grundsatz des objektiv

1 Merkel a. a. O. S. 39. Titze a. a. O. S. 24. Binding a. a. O. S. 770 fg. v. Liszt, Deliktsobligationen, Berlin 1898, S. 85 fg.

2 R. Merkel a. a. O. S. 156. 157 No. 1. Rümelin, die Gründe der Schadenzurechnung und die Stellung des deutschen BGBs. zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg 1896 S. 37. Unger, Handeln auf eigene Gefahr in Iherings, Jahrb. für Dogmatik Bd. XXX. S. 364. v. Thur a. a. O., S. 133.

überwiegenden Interesses“ [1] als Richtschnur festzuhalten. Das bedeutet: eine Notstandshandlung i. e. S. kann nur dann für rechtmässig erklärt werden, wenn sie zum Schutze eines Rechtsgutes geschieht, das erheblich wichtiger oder objektiv wertvoller ist als das zu seinen Gunsten zu verletzende. Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes hat auch das BGB. das Problem zu lösen versucht.

Mit dieser Feststellung haben wir zur Beantwortung der oben gestellten Frage mehrere Sätze gefunden:

I. Der eigenmächtige Besitzeingriff wird als Notstandshandlung rechtmässig:

1. wenn er in der Notwehr geschieht.
2. wenn er zum Zwecke der Selbstbefriedigung vorgenommen wird.
3. als Notstandshandlung i. e. S. in den vom BGB. unter Berücksichtigung des Grundsatzes des überwiegenden Interesses statuierten Fällen, die sich in den §§ 228 und 904 finden.

II. Die Rechtmässigkeit des eigenmächtigen Besitzeingriffs schliesst eine Schadensersatzpflicht nicht aus.

III. Auch der nach I. nicht rechtmässige Besitzeingriff kann im Rahmen der §§ 52 und 54 StrGB. straflos bleiben.

---

1 R. Merkel a. a. O., S. 49 fg.

Aus diesen Sätzen wird gefolgert:

Von „Statthaftigkeit“ des im Notstande geschehenen eigenmächtigen Besitzeingriffs darf nur gesprochen werden, wenn das Zivilrecht ihn als Notstandshandlung für rechtmässig erklärt. Eine daneben bestehende Schadensersatzpflicht nimmt ihm die Eigenschaft der „Statthaftigkeit“ nicht. Anderseits wird ein Besitzeingriff nicht dadurch statthaft, dass ihn das Strafgesetz als im Notstande vorgenommen straflos lässt.

Uns interessiert demnach zur Beantwortung der Themafrage der im Notstande geschehene eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz nur soweit, als er unter die §§ 227, 228, 229 und 904 des BGB. fällt. Diese Paragraphen, ihre Voraussetzungen und ihre Tragweite sind daher Gegenstand der folgenden Betrachtung.

B. Der eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz als statthafte Notstandshandlung.

I. Die Selbstverteidigung.

a) Die Notwehr.

Paragraph 227 des BGBs. lautet:

Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem andern abzuwenden.

Hieraus ergiebt sich, dass ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz, wenn die Notwehr ihn gebietet, nicht widerrechtlich ist.

Wir haben die Worte „nicht widerrechtlich“ oben mit „rechtmässig“ übersetzt. Aus dem Wortlaut allein lässt sich dies freilich nicht begründen. Die Handlung könnte bloss zur rechtlich freien, zur unverbotenen werden. Damit könnte sie sich, wie oben ausgeführt, zwar gegenüber dem objektiven Recht behaupten, nicht aber gegenüber dem subjektiven. Die Konsequenzen, die hieraus zu ziehen wären, insbesondere die Zulassung der Notwehr gegen die Notwehr,[1] zeigen, dass eine solche Auslegung unzulässig ist. Die Notwehrhandlung muss, um auch gegenüber dem subjektiven Recht bestehen zu können, für rechtmässig erklärt werden, sie muss dem Willen der Rechtsordnung gemäss sein. Fast allgemein hat man sogar ein eigenes subjektives Recht des in Notwehr Befindlichen konstruiert.[2] Diese Begünstigung der Notwehrhandlung hat man in verschiedener Weise zu erklären versucht. Die Römer begnügten sich mit den Parömien: adversus

---

1 Die Notwehrhandlung wäre nämlich dann noch rechtswidrig im Sinne „ohne Recht sich vollziehend“.

2 Binding a. a O. § 733: Es besteht ein Notwehrrecht. Anm. 7: Dieser Satz ist heutzutage so unbestritten und m. E. so selbstverständlich, dass er einer tiefgehenden Begründung nicht bedarf. Nur darauf sei hingewiesen, dass die CCC Art. 138 ff. ein solches Notwehrrecht ausdrücklich anerkennt und die neuere Gesetzgebung sich dieser Auffassung durchweg angeschlossen hat. Crome a. a. O, S. 534 spricht nur von einer „Erlaubnis“.

periculum naturalis ratio permittit se defendere [1] oder vim vi repellere omnes leges omniaque iura permittunt.[2] Später forschte man den Gründen tiefer nach. Man erblickte in der Notwehr das Wirken der Rechtsordnung, die, durchdrungen von dem Bewusstsein der Selbsterhaltungspflicht, bestehen muss trotz aller der Kräfte, die nicht von Rechtswegen in Wirksamkeit treten.[3] Andere sahen in ihr „die Reaktion gegen ein — werdendes — Unrecht“[4] Sie legten das Hauptgewicht auf das Unrecht des Angreifers, auf die subjektive Rechtswidrigkeit.[5] Die sicherste Erklärung für die Rechtmässigkeit der Notwehrhandlung giebt die Erkenntnis, dass die Rechtsordnung, deren letzter Zweck der Schutz der Güterwelt des einzelnen ist, eine Handlung, die das Individuum unternimmt, um einem unberechtigten Angriff gegenüber, solange er gegenwärtig ist, jenen Schutz selbst auszuüben, notwendigerweise billigen und für „sich selbst gemäss“, für rechtmässig erklären muss.

Ist der eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz als Notwehrhandlung rechtmässig, so verpflichtet eine Verletzung, die er eventuell mit sich bringt, auch nicht zum Schadensersatze. Es folgt dies zwar nicht aus seiner Rechtmässigkeit allein, da auch rechtmässige Handlungen zum Schadensersatze verpflichten können, aber es muss in solchen Ausnahmefällen

1 l 4 pr. D. 9, 2 ad leg. Aq.
2 l 45 § 4 D. eod.
3 Binding a. a. O. S. 731.
4 Janka, der strafrechtliche Notstand. Erlangen 1878.
5 Dass dies u. E. unrichtig s. u S. 32 fg.

die Schadensersatzpflicht vom Gesetze stets ausdrücklich festgestellt werden. Dies ist bei der Notwehr, ihrem Wesen entsprechend, unterblieben.

Wann stellt sich nun ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz als Notwehrhandlung dar? Um diese Frage beantworten zu können, betrachten wir die Voraussetzungen und den Inhalt des Notwehrrechtes,[1] wie sie das BGB. bestimmt.

Voraussetzungen und Inhalt des Notwehrrechtes.

Die Notwehr setzt zunächst ein wehrhaftes Rechtsgut voraus, d. h. ein Rechtsgut, zu dessen Schutze die Notwehr erlaubt wird. Fraglos erschien zu allen Zeiten die Wehrhaftigkeit von Leib und Leben. Zum Schutze dieser beiden Rechtsgüter machte sich das Bedürfnis nach rechtmässiger Abwehr von Angriffen zuerst fühlbar. Doch „es giebt kaum ein anderes Rechtsinstitut, was solch unaufhaltsamen Trieb nach Ausdehnung auf alle Rechtsgüter in sich trug“[2] als die Notwehr. So musste die Entwicklung dazu führen, dass Freiheit und Ehre und dass das Vermögen wehrhaft gemacht wurde, weil man sich der Einsicht nicht verschliessen konnte, dass Angriffe auf diese Güter Angriffe auf die Person bedeuteten und daher dieselbe Beurteilung zu finden hatten, wie solche auf Leib und Leben. Dass jene Rechtsgüter nach heutigem Rechte wehrhaft sind, bedarf keines Nachweises mehr. Unser

1 Wir bezeichnen die Summe der aus der Notwehrlage fliessenden Befugnisse der Kürze halber als „Notwehrrecht“.

2 Binding a. a. O. S. 744.

Gesetz erspart es sich schon, sie einzeln aufzuzählen; es fasst sie zusammen in der rechtlichen Persönlichkeit und sagt: „von sich oder einem Andern abwehren". Auch der Besitz ist ein wehrhaftes Rechtsgut und muss es sein, weil ein Angriff auf das Vermögen regelmässig einen solchen auf den Besitz enthält.[1] Dass das BGB. ihn in § 859 Abs. 1 ausdrücklich für wehrhaft erklärt, ist jedoch nicht etwa überflüssig. Der Paragraph will die Selbsthülfe des Besitzers erschöpfend ordnen und kann daher des Abs. 1, auch wenn daselbst eine allgemeine Rechtsregel auf ein besonderes Rechtsgut angewendet wird, nicht entraten.

Die zweite Voraussetzung der Notwehr ist ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff Ein „Angriff". Eine körperliche Berührung des Angreifers mit unsern Rechtsgütern ist dazu nicht erforderlich.[2] Ein Angriff auf die Ehre kann in einem Worte, ja in einer Miene bestehen, ein Angriff auf unsere körperliche Unversehrtheit darin, dass jemand seinen Hund auf uns hetzt. In einem reinen Unterlassen kann jedoch ein Angriff nicht gesehn werden, ebensowenig in unberechtigtem Verharren im Besitze einer Sache.

1 „regelmässig" — ein Angriff auf das Vermögen ist nicht immer identisch mit einem Angriff auf den Besitz, wie v. Thur a. a O. S. 46 und Titze a. a. O. S. 74 fg. behaupten. Darf ich nicht einen rechtswidrigen Angriff auf einen fremden Hund, der seinem Eigentümer entlaufen und besitzerlos ist, abwehren? Befinde ich mich nicht dem Angreifer gegenüber in Notwehr? Und doch liegt hier ein Angriff auf den Besitz garnicht vor. Weder der Eigentümer noch ich haben den Hund im Besitze. Dass derselbe jedoch noch Vermögen seines Herrn ist, kann man nicht leugnen.

2 s. Crome a. a. O. S. 535.

So macht der Mieter, der nach Ablauf der Mietzeit unberechtigt in der Wohnung verbleibt, keinen „Angriff“ auf den Vermieter, so dass dieser dadurch in Notwehr versetzt würde. Dringt er also in sein Haus ein, um den Säumigen zu vertreiben, so macht er einen Eingriff in fremden Besitz, der unstatthaft ist,[1] der Mieter befindet sich seinerseits in Notwehr, strafrechtlich ist eine Klage wegen Hausfriedensbruchs gegen den Vermieter begründet.

Der Angriff muss gegenwärtig sein, das heisst nicht: er muss begonnen haben; es genügt vielmehr, dass er unmittelbar bevorsteht. Es wäre unbillig, den Angegriffenen zu zwingen, den ersten Schlag abzuwarten.[2] Der Angriff darf aber auch noch nicht vergangen sein, weil man sich dann nicht mehr gegen ihn „verteidigen“ kann. Deshalb ist z. B. die Notwehrlage des Besitzers beendigt, wenn der Besitzentzieher selbst Besitzer der Sache geworden ist. Die Befugnisse, die § 859 Abs. 2 und 3 dem Besitzer giebt, können daher streng genommen nicht mehr als Ausfluss des Notwehrrechtes angesehn werden. Die Gründe, aus denen wir diese Bestimmungen gleichwohl im Anschluss an die Notwehr behandeln, werden unten angegeben.[3] Der Angriff muss rechtswidrig sein. Der Begriff der Rechtswidrigkeit im

---

1 Vorausgesetzt, dass die besonderen Bedingungen des in § 229 statuierten Selbsthülferechts nicht gegeben sind.

2 CCC, Art. 140a. E.: „ist auch mit seiner Gegenweer, bis er geschlagen wirdt, zu warten nit schuldig, unangesehen, ob es geschriben rechten und Gewohnheyten entgegen wer. s. auch Levita, das Recht der Notwehr. Giessen 1856 S. 172 fg.

3 s. u. S. 37.

Sinne der Notwehr ist Gegenstand lebhaften Streites gewesen. Jetzt herrscht fast allgemein die Ansicht, dass objektive Rechtswidrigkeit erforderlich sei und genüge. Auf die subjektive Rechtswidrigkeit, auf die Schuld des Angreifers kommt nichts an. Der Angriff braucht nur unberechtigt zu sein, er muss sich ohne Recht vollziehen. Dazu ist nicht nötig, dass er gegen ein Rechtsverbot verstösst, dass er normenwidrig ist. Auch gegen unverbotene (rechtlich freie) Handlungen gibt es Notwehr. Sie versagt nur gegenüber Angriffen, die das Recht billigt, denen es zum Siege auch über subjektive Rechte verhilft, die es für rechtmässig erklärt. Hieraus ergeben sich wichtige Resultate: Es gibt Notwehr auch gegen Unzurechnungsfähige, gegen Kinder, gegen in entschuldbarem Irrtum Handelnde.[1] Denn: „die Notwehr ist keine Konsequenz der Schuld des Angreifers, sondern eine Konsequenz des angegriffenen Rechts."[2] Der Angriff braucht kein Verbrechen zu sein. So gibt es Notwehr gegen Notstandshandlungen im Sinne des § 54 StrGB., soweit sie nicht zu dem vom Zivilrecht für rechtmässig erklärten gehören. Ob daraus, dass der Angriff nicht deliktisch zu sein braucht, gefolgert werden kann, dass es auch Notwehr gegen Tiere giebt, mag dahingestellt bleiben. Im BGB ist für Notwehr gegen Tiere kein Raum

1 Dies alles ist allerdings noch sehr bestritten, auf eine Erörterung lassen wir uns hier jedoch nicht ein, da hier nur die Voraussetzungen der Notwehr kurz gegeben werden sollen.

2 Crome a. a. O. S. 536 Anm. 10.

mehr. Das ergiebt sich aus der Nebeneinanderstellung von § 227 und 228.[1]

Weiterer Voraussetzungen als des „gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs" bedarf die Notwehr nicht. Insbesondere ist sie nicht dadurch bedingt, dass der Angegriffene den Angriff nicht verschuldet hat. Deshalb befindet sich auch der auctor rixae dem Angriffe des Provozierten gegenüber in der Notwehr, es sei denn dass durch die Provokation der andere selbst in eine Notwehrlage geriete.[2]

Es ist weiterhin nicht nötig, dass dem Angriffe auf andere Weise nicht ausgewichen werden kann. Es kann dem sich Verteidigenden nicht entgegengehalten werden, es sei noch Zeit gewesen, die Hülfe der Obrigkeit in Anspruch zu nehmen, auch nicht, er habe sich durch die Flucht retten können. Die Subsidiarität der Notwehr wird heute fast allgemein geleugnet. Man hat ganz richtig bemerkt, dass der Angegriffene, der sich durch die Flucht rettet, „den rechtswidrigen Angriff nicht „abwende", sondern höchstens das Attentat auf sein Leben, seinen Körper etc. in einen Angriff auf seine Freiheit

1 Dieser Ansicht sind z. B. die Motive Bd. I § 187 S. 349 bis 350. Ferner Liszt, Deliktsobligationen S. 87; ebenso Endemann, Lehrbuch Bd. I S. 367 N. 2; Crome a. a. O. S. 535; Titze a. a. O. S. 82. Schwankend Planck, Kommentar, Bem. 1 c Abs. 2 zu § 227. Notwehr gegen Tiere auch im Bereiche des BGB. behaupten Cosack a. a. O. Bd. I S. 271 u. a. für das gemeine Strafrecht Binding a. a. O. S. 738, Levita a. a. O. S. 186 Anm. 22. Dagegen Stammler a. a. O. S. 3, der Deliktsqualität des Angriffs fordert und daher auch Notwehr gegen Unzurechnungsfähige ausschliesst: ebenso Janka a. a. O. S. 38.

2. s. Crome a a. O. S. 536 Anm. 10.

verwandele, indem er sich durch den Angreifer zu einer bestimmten Handlung nötigen liesse.[1]

Gegen einen solchen Angriff findet rechtmässige Verteidigung statt. Sie ist rechtmässig, soweit sie zur Abwendung des Angriffs „erforderlich" ist. Damit soll nicht gesagt sein, dass der Angegriffene sich passiv verhalten und sich etwa darauf beschränken müsse, die gegen ihn gerichteten Hiebe zu parieren. Die Verteidigung kann vielmehr auch als Gegenangriff erscheinen. Aber sie muss „erforderlich" sein. Man kann das ausdrücken: „das Minimum von Energie, das genügt, um den Angriff zurückzuschlagen, stellt auch das Maximum der aus dem Notwehrrechte fliessenden Befugnisse dar."[2] Dies Erfordernis ist das moderamen inculpatae tutelae der Römer.

Dass der bei der Abwehr verursachte Schaden dem aus dem Angriffe drohenden proportional sei, wird nirgends verlangt. Dass im äussersten Falle der Apfeldieb niedergeschossen wird, ist — so sehr sich unser Gefühl dagegen sträubt — gesetzlich zulässig. Derartig moralisch verwerfliche Thaten könnten in der Praxis höchstens durch eine allerdings sehr freie Auslegung des § 226 BGB. die ihnen gebührende Beurteilung finden.

Die Abwehr, die sowohl zum Schutze eigener als auch fremder Rechtsgüter geschehen kann, muss gegen den Angreifer gerichtet sein. Über die Tragweite dieses Erfordernisses herrschen

1 Titze a. a. O. S. 88.
2 Titze a. a. O. S. 88.

Meinungsverschiedenheiten. Es erscheint fraglich, ob die Notwehr nur gegen Rechtsgüter des Angreifers statthaft sei, oder ob auch die Verletzung von Rechtsgütern Dritter, die zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs erforderlich wird, als Notwehrhandlung sich charakterisiere. U. E. ist es zu eng, wenn man sagt, die Notwehrhandlung dürfe sich nur gegen die Rechtsgüterwelt des Angreifers richten. Sie darf sich vielmehr sowohl gegen den Angreifer als auch gegen die Angriffsmittel wenden, mögen die letzteren auch einem unbeteiligten Dritten gehören (der Angreifer führt z. B. fremde Waffen). Ein hierüber hinausgehender Eingriff in den Rechtskreis eines Dritten kann jedoch durch die Notwehr nicht mehr gedeckt werden und käme beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen höchstens als rechtmässige Notstandshandlung i. e. S. in Betracht.[1]

b) Der Selbstschutz des Besitzers.

Im Anschluss an die Fälle, in denen ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz als Notwehrhandlung statthaft ist, wenden wir uns zu § 859 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der den Selbstschutz des Besitzers ordnet, um zu untersuchen, inwieweit possessorische Eigenmacht im Rahmen dieses Paragraphen berechtigt ist. Dass wir diese Untersuchung an dieser Stelle in der Gruppe Selbstverteidigung und im Anschluss an die Notwehr anstellen, bedarf der Begründung.

1 s. u. S. 57 fg.

Die Selbstschutzhandlung des Besitzers wird wie die Notwehrhandlung ausgelöst durch einen rechtswidrigen Angriff. Als solchen kann die „verbotene Eigenmacht", gegen die die Selbstschutzhandlung streitet, sich nicht verleugnen. Sie hat alle und nur die Eigenschaften, die wir für den „rechtswidrigen Angriff" fordern. Besitzentziehung und Besitzstörung brauchen bloss objektiv rechtswidrig zu sein, d. h. „ohne Recht sich zu vollziehen", um als verbotene Eigenmacht zu erscheinen; Normenwidrigkeit, Schuld, Bewusstsein, die Voraussetzungen eines Delikts werden nicht gefordert. Die Motive sagen: „Es wird nicht verlangt, dass das in § 814 (jetzt § 858) enthaltene Verbot in schuldhafter Weise übertreten ist, sondern nur, dass so gehandelt ist, wie bei Unterstellung der vollen Zurechnung der Handlung und der Abwesenheit eines jeden entschuldbaren Irrtums nicht hätte gehandelt werden sollen."[1]

Das Merkmal des „rechtswidrigen Angriffs" ist also gegeben. Wie steht es mit der „Gegenwärtigkeit" dieses Angriffs, die zu den Voraussetzungen der Notwehr gehört? Für Abs. 1 des § 859 ist auch sie unbedingt vorhanden: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren." Damit erscheint die Selbstschutzhandlung des Abs. 1 als echte Notwehr. Wir haben das Prinzip des § 227, auf ein besonderes Rechtsgut angewandt, vor Augen. Überflüssig ist die Bestimmung deshalb nicht, worauf bereits oben[2] hingewiesen wurde.

1 Mot. Bd. III S. 110.
2 s. o. S. 30.

Anders steht es mit Abs. 2 und 3. Hier fehlt das Merkmal der Gegenwärtigkeit des Angriffs. Die Bestimmungen setzen bereits erfolgten Besitzverlust voraus. Die verbotene Eigenmacht, der rechtswidrige Angriff, ist nicht mehr gegenwärtig, er hat bereits aufgehört. Das angestrebte Ziel — Besitzverlust auf der Seite des Angegriffenen, Besitzerwerb auf der Seite des Angreifers — ist bereits erreicht. Damit entfällt die Möglichkeit, die Selbstschutzhandlungen des Abs. 2 und 3 als echte Notwehrhandlungen im Sinne des § 227 zu betrachten. Und doch stehen sie diesen sehr nahe und lassen sich jedenfalls der Gruppe der Selbstverteidigungshandlungen am passendsten unterordnen. Dies wird allerdings bestritten, und man hat in diesen dem Besitzer eingeräumten Befugnissen lieber Handlungen der Selbstbefriedigung erblicken wollen.[1] Das erscheint ungenau und verwirrend: Die Selbstbefriedigung ist Anspruchsverwirklichung, setzt daher stets einen Anspruch voraus. Wo bleibt diese Voraussetzung im vorliegenden Falle? Zugegeben, dass der, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wird, oft oder meist den Restitutionsanspruch des § 861 hat, so ist der Selbstschutz des Abs. 2 und 3 des § 859 durch die Existenz eines solchen Anspruchs doch durchaus nicht bedingt. Ja, er tritt am deutlichsten in seiner Tragweite hervor, wenn im Einzelfalle der Restitutionsanspruch versagt. Gesetzt den Fall dem Besitzer wird der Besitz von dem entzogen, dem gegenüber er fehlerhaft besass. Der

1 So Titze a. a. O. S 79.

Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes — wir setzen voraus, dass der Besitz im letzten Jahre vor der Entziehung erlangt worden war — ist dann nach § 861 Abs. 2 ausgeschlossen. Nichtsdestoweniger stehen auch dem fehlerhaften Besitzer sämtliche Befugnisse aus § 859 auch die aus Abs. 2 und 3 unstreitig zu. Die Gerichtshülfe versagt, der Selbstschutz bleibt wirksam. Kann man da noch davon sprechen, dass Abs. 2 und 3 des § 859 Handlungen der Anspruchsverwirklichung gestatten? Das ist nicht nur unzulässig, sondern auch gefährlich. Man bedingt die Selbstschutzhandlung durch den Restitutionsanspruch und erweckt dadurch den Glauben, dass der Selbstschutz dem fehlerhaften Besitzer gegen den, demgegenüber er fehlerhaft besitzt, nicht zustehe. Dadurch unterstützt man die von einigen Schriftstellern aufgestellte unrichtige Behauptung, der frühere Besitzer, der dem gegenwärtigen, ihm gegenüber fehlerhaft besitzenden innerhalb des ersten Jahres nach der Entziehung seinerseits den Besitz wieder entziehe, handele rechtmässig und übe einen statthaften eigenmächtigen Eingriff in fremden Besitz.[1] Dies ist durchaus nicht der Fall. Der frühere Besitzer, der so handelt und nicht etwa wiederum aus § 859 Abs. 2 oder 3 oder § 229 berechtigt ist — übt ver-

---

1 Kniep, der Besitz des BGB. S. 318 fg. giebt dem früheren Besitzer sogar ein „Recht", den ihm gegenüber fehlerhaften Besitzer innerhalb des ersten Jahres nach der Entziehung aus dem Besitze zu vertreiben und ihn im Besitze zu stören. Er giebt allerdings selbst zu, dass dem fehlerhaften Besitzer Selbstverteidigung dagegen zustehe. Wir hätten dann also rechtmässige Selbstverteidigung gegen rechtmässige Eigenmacht!

botene Eigenmacht. Er darf mit Gewalt zurückgeschlagen werden, er darf, auf frischer That betroffen oder verfolgt, seines Besitzes wieder beraubt, des Besitzes an einem Grundstücke sofort nach der Entziehung wieder entsetzt werden. Liegt Schuld vor, so ist diese Eigenmacht sogar unerlaubte Handlung und verpflichtet nach § 823 BGB. zum Schadensersatze.

Die Selbstschutzhandlungen des Abs. 2 und 3 sind vielmehr als Handlungen erweiterter Notwehr aufzufassen, einer Notwehr, der die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit des rechtswidrigen Angriffs erlassen ist. Es erklärt sich dies aus dem Wesen des hier geschützten Rechtsgutes, des Besitzes. Sollte die Rechtsstellung, die das Verhältnis der thatsächlichen Herrschaft über eine Sache schafft, schon in dem Augenblicke endgültig verloren sein, wo ein anderer in dieses Verhältnis zur Sache tritt? Man sträubte sich mit Recht gegen den Gedanken, dass ein Besitzer, dem ein anderer die Sache entriss, dessen Grundstück ein anderer heimlich besetzte, nun plötzlich, aus seiner Rechtsstellung verdrängt, im günstigsten Falle auf den Klageweg angewiesen, machtlos draussen stehen sollte. Die Römer halfen sich damit, dass sie den Besitz noch eine Zeit lang fortdauern liessen, bei Grundstücken z. B. so lange, bis der Besitzer von der Entziehung Kunde erhalten und keinen oder einen erfolglosen Vertreibungsversuch gemacht hatte.[1] Sie verlängerten auf diese

1 S. Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1901, Bd I_2, S. 22, Anm. 11, l 6 § 1 D. 41,2. v. Savigny, das Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865, S. 348.

Weise die Notwehrlage, und der Selbstschutz des Besitzers war echte Notwehr. Diesen Weg hat das BGB. nicht eingeschlagen. Es hat in § 859 Abs. 2 und 3 ein eigentümliches Wiederbemächtigungsrecht geschaffen des Inhalts, dass auch bei vollendetem Besitzverlust unter bestimmten Voraussetzungen die ehemalige Rechtsstellung des Besitzers in der Weise nachwirkt, dass er nun eigenmächtig in den fremden Besitz eingreifen darf.

Nachdem wir die Selbstschutzhandlungen des § 859 Abs. 1 als echte Notwehr erkannt und die Verwandtschaft des Selbstschutzes des Abs. 2 und 3 mit der Notwehr festgestellt haben, unterziehen wir die Bestimmungen einer näheren Untersuchung.

Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. Voraussetzung dieses Notwehrrechtes[1] ist zunächst, dass der Besitz im Augenblick des Konfliktes noch besteht. Man darf den Besitzverlust nicht zu sehr erleichtern, um dem Besitzer in möglichst weitem Umfange die Notwehr zu statten kommen zu lassen. Das heisst auf der andern Seite, dass man den Besitzerwerb nicht zu leicht machen darf. Das Gesetz knüpft ihn an die Erlangung der thatsächlichen Gewalt. Es ist dies nicht zu wörtlich aufzufassen. „Es handelt sich nicht um etwas Augenblickliches, vielmehr um einen befestigten,

1 Nach Einigen steht das Recht dem Besitzer zu, auch ohne dass die Voraussetzungen der Notwehr gegeben wären; vgl. z. B. v. Buchka, BGB. und gem. Recht, Berlin 1898, 2. Aufl., S. 179, auch Fischer-Henle, BGB. mit Anmerkungen, 3. Aufl. München 1899 in Anm. 3 zu § 859. Eine Begründung geben diese Schriftsteller nicht.

dauernden Zustand. Notwendig ist, dass man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge darauf rechnen kann, über die Sache verfügen zu können.“[1] Fordert man diese Voraussetzungen für den Besitzerwerb, so kommt man in vielen Fällen, wo man die Erlangung der thatsächlichen Gewalt durch einen andern nicht leugnen kann, anderseits aber dem Besitzer den Besitz und damit die Notwehrrechte gern erhalten wissen möchte, zu einem erträglichen Resultate, ohne dass man mit Wendt[2] den römischen Satz: „Grundstücksbesitz wird durch heimliche Okkupation nicht entzogen, dauert vielmehr bis zur eigentlichen Dejektion fort“ auch für das heutige Recht für unentbehrlich erklären müsste. Denn dann hat „der staubige Bruder, der es sich während der Abwesenheit des Besitzers in dessen Hause bequem gemacht hatte, keinen Besitz erworben und letzterer kann ihn, von der Reise zurückgekehrt, am Kragen ergreifen und an die Luft befördern“ kraft seines Notwehrrechtes aus § 859 Abs. 1, ohne auf das beschränkte Hilfsmittel des Abs. 3 angewiesen zu sein.

Die zweite Voraussetzung ist die verbotene Eigenmacht, die bereits oben charakterisiert ist.[3]

Was den Inhalt des Besitzernotwehrrechtes betrifft, so gilt dasselbe wie für die Notwehr im allgemeinen.[4] Das Gesetz spricht allerdings nicht davon, dass nur

---

1 Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. III, S. 42 fg., ebenso Cosack a. a. O. Bd. II, S. 68.

2 Wendt, Faustrecht, Jena 1883, S. 173.

3 s. o. S. 36.

4 vgl. l. 1 C. unde vi: inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

die erforderliche Gewalt angewendet werden dürfe; es ist jedoch zweifellos, dass auch der Besitzer sich auf eine massvolle Verteidigung beschränken muss. Es geht dies, wenn nicht allein aus dem Verhältnis der Bestimmung zu § 227,[1] schon aus den Worten „sich erwehren" hervor.

Die Verteidigung wird sich meist unmittelbar gegen eine Person richten, die unsern Besitz angreift: sie wird häufig aber auch in einem Eingriff in fremden Besitz bestehen: Mein Nachbar bombardiert von seinem Fenster aus meinen Garten mit Steinen. Statthafterweise dringe ich in sein Haus ein, um ihn daran zu hindern. Er schafft beim Abbruch seines Hauses den Schutt auf mein Grundstück Ich verbringe ihn auf den Bauplatz zurück, ohne mich verbotener Eigenmacht schuldig zu machen. „Wenn meine Thür mit fremden Schlössern, Stangen, Balken mir verschlossen wäre, so darf ich gewiss mit Gewalt gegen dieses fremde Material, das ich nicht besitze, vorgehen."[2]

Über die Frage, welchen Personen dies Recht zusteht, s. u. S. 47.

Abs. 2 und 3 des Paragraphen besagen:

Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittelst verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen.

Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er

1 s. o. S. 36.

2 Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern. S. 275.

sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wiederbemächtigen.

Voraussetzung dieser Selbstschutzhandlungen ist Besitzverlust auf der einen, Besitzerwerb auf der andern Seite. Dass eine solche Ausdehnung des Selbstschutzes des Besitzers geboten war, ist oben begründet worden. Immerhin ist dieses Recht des Abs. 2 und 3 „ein anormaler Rechtsbehelf; durch Annahme desselben setzt man sich gewissermassen in Widerspruch mit dem Grundgedanken, auf welchem der Besitzschutz beruht. Dieser bezweckt in erster Linie den Rechtsfrieden zu bewahren, während das Selbsthülferecht in gewissem Sinne ein Faustrecht gesetzlich sanktioniert, das den Rechtsfrieden eventuell in erheblicher Weise gefährden kann.“ [1] Es ist deshalb gerechtfertigt, dass das Selbsthülferecht strengen Beschränkungen unterworfen, insbesondere nur gestattet wird, wenn es unmittelbar nach der Besitzentziehung eingreift. Dieses Erfordernis hat das Gesetz erfüllt, indem es die Wiederbemächtigung beweglicher Sachen davon abhängig macht, dass der Thäter auf frischer That betroffen oder verfolgt wird und die Entsetzung des Thäters aus dem Grundstücksbesitz nur „sofort“ nach der Entziehung zulässt.

Die Worte „auf frischer That betroffen oder verfolgt“ bedürfen kaum einer weiteren Auslegung. Die Terminologie ist dem § 127 der Strafprozessordnung entnommen. Was das „verfolgen“ betrifft,

1 Protokolle der Kommission für die II. Lesung. Bd. III S. 39.

so ist zunächst zu bemerken, dass der Ausdruck „auf frischer That“ auch zu diesem Worte gehört, dass also die Verfolgung sich unmittelbar an die That anschliessen muss. Davon, dass die Verfolgung nur bis zum Hause des Thäters reichen dürfe, ist im Gesetz keine Rede. Auch die Protokolle wollen von einer solchen Beschränkung nichts wissen.[1]

Schwieriger ist die Bestimmung dessen, was das Gesetz mit dem Worte „sofort“ im Abs. 3 des Paragraphen sagen will. Der Besitzer eines Grundstücks muss das Selbstschutzrecht „sofort“ nach der Entziehung des Besitzes (nicht nach erlangter Kenntnis von der Entziehung, wie § 815 Abs. 3 des I. Entwurfes wollte,) geltend machen. Übersetzt man dieses Wort mit „ohne Zeitintervall“, so wird der Schutz, den die Bestimmung gewährt, illusorisch. „Unverzüglich“, d. h. ohne schuldhaftes Zögern,[2] ist auch nicht gemeint. Das lehnen die Protokolle ausdrücklich und mit Recht ab.[3] Das Mittel des Selbstschutzes stände dadurch dem früheren Besitzer unter Umständen auf allzu lange Zeit nach der Besitzentziehung zu Gebote und die oben erwähnte Gefährlichkeit dieses Rechtsbehelfs würde noch vergrössert. Bekker[4] will „sofort“ mit post modicum tempus übersetzen. Damit ist weiter nichts erreicht, als dass die Übersetzung mit „ohne Zeitintervall“ (statim) für unbrauchbar erklärt wird. Es

1 ebenso Biermann, Kommentar Anm. 3a zu § 859. Dernburg, Bürgerl. Recht S. 71 u. a.

2 BGB. § 121.

3 Protokolle der Komm. f. d. II. Les. Bd. III S. 40.

4 Der Besitz beweglicher Sachen. Jahrb. f. Dogmatik Bd. XXXIV S. 43 Anm. 4.

bleibt immer noch die Frage offen, was unter einer „mässigen Zeit“ zu verstehen ist. Der Begriff des Wortes „sofort“ lässt sich überhaupt nicht bestimmt geben. Es wird in jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen bleiben müssen, ob diese Bedingung erfüllt ist oder nicht. Sicher ist nur, dass der Rechtsbehelf in jedem Falle in dem Augenblick, in dem der frühere Besitzer von der Eigenmacht Kunde erhält und nicht „statim“ zur Wiederbemächtigung schreitet, verloren geht. Damit soll nicht gesagt sein, dass das Wiederbemächtigungsrecht bis zu diesem Moment funktioniere. Dies wurde bereits oben als dem heutigen Rechte nicht mehr entsprechend bezeichnet.

Der Inhalt dieser Selbstschutzrechte ist ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz. Der frühere Besitzer darf eine bewegliche Sache dem Eigenmächtigen mit Gewalt wieder abnehmen, ihn des Grundstückes entsetzen. Auch hier muss er in der Anwendung der Zwangsmittel massvoll vorgehen, darf er nur die „erforderliche“ Gewalt anwenden. Findet er bei der Ausübung seines Selbstschutzes Widerstand, so darf er ihn mit Gewalt beseitigen. Es kann also auch zum Blutvergiessen kommen. Es findet sich die Ansicht, Abs 3 gewähre dem Besitzer nicht die Befugnis der Gewaltanwendung.[1]

1 So Scherer, Sachenrecht des BGB. Erlangen 1899 S. 25: Der zur Selbsthülfe Berechtigte darf keine Gewalt anwenden folglich auch kein Blutvergiessen. Der im Text vertretenen Ansicht sind Planck, Kommentar Anm. 3b zu § 859: Jedes zur Wiederbemächtigung erforderliche Mittel ist zulässig. Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht. Paderborn 1900 Anm. 2 zu § 859. Cosack a. a. O Bd. II, S. 97: gewaltsam zurückerobern.

Wir können das Wort „Entsetzung" nicht anders als im Sinne von gewaltsamer Vertreibung verstehen. „Übrigens wäre das: ‚Du darfst ihn vertreiben, aber Du darfst ihn nicht anrühren' auch eine Erlaubnis von minimalem Werte gewesen."[1]

Das Wiederbemächtigungsrecht des Besitzers ist nicht absoluter Natur. Es richtet sich nicht gegen die Sache, sondern zunächst nur gegen den Eigenmächtigen. Allerdings gegen jeden Eigenmächtigen, mag er auch selbst in einem thatsächlichen Gewaltverhältnis zur Sache stehen, mag er mittelbarer Besitzer (§ 868) oder Besitzdiener (§ 855) sein. Niessbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Pächter u. s. w. brauchen sich Eingriffe seitens der Eigentümer, Verpfänder, Vermieter, Verpächter u. s. w. nach heutigem Rechte nicht gefallen zu lassen. Sie können sich verbotener Eigenmacht auch von dieser Seite mit Gewalt erwehren und sich des entzogenen Besitzes mit Gewalt wiederbemächtigen.

Selbstverständlich ist das Selbstschutzrecht des Besitzers gegenüber dem Besitzdiener.

Abs. 4 des Paragraphen giebt das Wiederbemächtigungsrecht auch gegen den, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muss, also gegen den Erben des Eigenmächtigen und den, der die Fehlerhaftigheit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt.[2]

Es bedarf kaum des Hinweises, dass sich Abs. 4 nur auf die Rechte aus Abs. 2 und 3

1 Bekker, das Recht des Besitzes, S. 283.

2 § 858 Abs. 2 Satz 2. Kennenmüssen genügt also nicht!

beziehen kann, da im Falle des Abs. 1 der Eigenmächtige gar keinen Besitz erlangt hat und keine Besitznachfolger haben kann.[1] Allerdings wird auch die Anwendung des Abs. 4 auf das Wiederbemächtigungsrecht selten praktisch werden. Zumal sind Fälle, wo dasselbe gegen den Erben des Eigenmächtigen wirksam wird, kaum erfindlich. Das Gesetz hat wohl hauptsächlich Fälle der Art im Auge, dass ein verfolgter Dieb, um die gestohlene Sache in Sicherheit zu bringen, sie einem Hehler zusteckt. Ein Eingriff in dessen Besitz ist dann gleichfalls statthaft.

Wem stehen die Selbstschutzrechte des § 859 zu? Was Abs. 1 betrifft, so folgt aus dem allgemeinen Notwehrcharakter dieses Rechts, dass es nächst dem Besitzer selbst jeder andere für diesen ausüben kann. Zu diesen andern gehören auch der Besitzdiener und der mittelbare Besitzer.

Anders steht es mit den Befugnissen des Abs. 2 und 3. Man muss annehmen, dass diese Rechte nur dem Besitzer selbst (und zwar, wie gleich gezeigt werden wird, nur dem unmittelbaren) zustehen und dass ein anderer sie nur auf dessen Geheiss oder als Gehülfe ausüben kann. Davon ist im § 860 den Lebensbedürfnissen gemäss eine Ausnahme gemacht. Auch der Besitzdiener ist zur Vornahme der Selbstschutzhandlungen des § 859 für befugt erklärt. Er darf sie, auch ohne vom Besitzer ausdrücklich

---

1 Dies übersieht Bekker, der Besitz beweglicher Sachen S. 13 und kann sich, was leicht erklärlich, ein Beispiel für die Anwendung des Abs. 4 auf Abs. 1 auch nicht denken.

beauftragt oder als Gehülfe zugezogen zu sein, für diesen ausüben. Keine Rede ist aber davon, dass er in der Ausübung dieses Rechtes vom Besitzer unabhängig sei. Er wird nur für den Besitzer, nicht kraft eigenen Rechtes thätig. Daraus folgt, dass er das Selbstschutzrecht nicht gegen den Besitzer selbst auch nicht gegen dessen Verbot ausüben darf.[1]

Eine weitere Frage ist, ob die im § 859 gegebenen Rechte auch dem mittelbaren Besitzer zustehen, ob dieser aus eigenem Rechte zum Schutze seines mittelbaren Besitzes gegen Dritte oder gar gegen den unmittelbaren Besitzer im Sinne dieses Paragraphen eigenmächtig thätig werden kann. Die Meinungen hierüber sind geteilt, ebenso wie man sich darüber nicht einig ist, ob dem mittelbaren Besitzer die possessorischen Klagen gegen den unmittelbaren Besitzer zustehen oder ob er sich mit den petitorischen eventuell den Kontraktsklagen begnügen müsse. U. E. hat das Gesetz die Rechte des § 859 nur dem unmittelbaren Besitzer zusprechen wollen. Es geht dies, wenn nicht daraus, dass § 869, der den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers regelt, von den Selbstschutzrechten schweigt,[2] aus den Vorarbeiten des Gesetzes hervor. Die Motive Bd. III S. 114 sagen: „Man könnte daran denken, dem Besitzer oder Oberinhaber in ähnlicher Weise die Ausübung des Notwehr- und Selbsthülferechtes neben dem Vertreter in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt zu gestatten,

1 vgl. Strohal, Sachbesitz S. 51.
2 vgl. Cosack a. a. O. Bd. II S. 96.

wie jenen Personen auch die possessorischen Rechsmittel in § 821 (jetzt 869) zugestanden sind. Für die analoge Behandlung spricht der Umstand, dass die Besitzklagen für die versäumte Gewaltanwendung Ersatz gewähren. Die Einräumung einer solchen von einem weiteren Verzichte des eigentlich Verletzten, welcher doch immer der Inhaber ist, unabhängigen Rechtsstellung begegnet jedoch überwiegenden Bedenken. Wollte man die Einmischung eines bei dem akuten Konflikte nicht unmittelbar Beteiligten gestatten, so wird dem andern Teile eine Person gegenüber gestellt, deren Legitimation zweifelhaft ist. Dabei würde im praktischen Resultate dem Besitzer oder Oberinhaber durch die Verleihung eines solchen Rechtes wenig genützt werden, da diese Personen, um Gelegenheit zur Ausübung dieses Rechtes zu haben, in dem schnell vorübergehenden kritischen Zeitpunkte zur Stelle sein müssten." Vgl. ferner: Protokolle der Kommission für die II. Lesung Bd. III. S. 226: „Es sei nicht richtig, dem mittelbaren Besitzer selbständige Besitzschutzrechte zu gewähren. Zum Schutze gegen Übergriffe des Besitzers reichten die petitorischen Rechtsmittel aus . . . gänzlich überflüssig sei es endlich, dem mittelbaren Besitzer auch das dem Besitzer nach § 815 (jetzt 859) zustehende Selbsthülferecht zu gewähren. Die in §§ 191 ff. des Entwurfes II (jetzt §§ 227 fg.) getroffenen allgemeinen Bestimmungen reichten zum Schutze des mittelbaren Besitzes völlig aus."

Aus den zitierten und anderen Stellen der Vorarbeiten ergiebt sich, dass es nicht beabsichtigt war, dem mittelbaren Besitzer selbständig die Rechte aus § 859 zu geben.[1] Unbenommen bleibt ihm die Ausübung der allgemeinen Selbstschutzrechte aus §§ 227 fg. sowohl Dritten als auch dem unmittelbaren Besitzer gegenüber. Und damit wird ihm in den Fällen, in denen die Gegner unserer Ansicht die Rechte aus § 859 für unentbehrlich halten, geholfen sein. Er wird verbotene Eigenmacht Dritter nicht nur für den unmittelbaren Besitzer, sondern auch kraft seiner eigenen Rechtsstellung abwehren können, und er wird sich auch dem unmittelbaren Besitzer gegenüber, der die Sache fortwerfen, aufzehren oder an Dritte übertragen will, in der Notwehrlage befinden, da in einem solchen Verhalten des unmittelbaren Besitzers ein rechtswidriger Angriff auf den mittelbaren Besitz zu erblicken ist.

Während nach dem vorigen die Befugnisse des § 859 dem mittelbaren Besitzer überhaupt nicht zu stehen, sind sie anderseits jedem unmittelbaren Besitzer gegeben auch dem Teilbesitzer und dem Mitbesitzer. Dem Teilbesitzer giebt sie § 865: Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder

1 Ebenso Dernburg bürgl. R. Bd. II S. 74. Planck, Kommentar Anm. 2 zu § 869. Windscheid-Kipp Bd. I S. 698 Strohal a. a. O. S. 51 fg. Biermann, Kommentar Anm. 2 zu § 869 A. M. Bekker, der Besitz bwgl. Sachen S. 68 Fischer-Henle Anm. 7 zu § 869 v. Buchka a. a. O. S. 179 Anm. 4.

andere Räume besitzt. Die Bedeutung dieser Bestimmung liegt darin, dass ein Besitz an Teilen einer Sache anerkannt wird. Damit musste diesem Besitz auch Schutz gewährt werden. Ein Teilbesitz ist dem Wesen des Besitzes gemäss nur an solchen Sachteilen denkbar, über die eine thatsächliche Herrschaft gesondert ausgeübt werden kann. Den Hauptfall nennt das Gesetz selbst, den Besitz an einzelnen Räumen eines Gebäudes. Denkbar ist aber Teilbesitz auch an andern Sachen z. B. an Bäumen auf einem in anderem Besitze stehenden Grundstücke. Denn Sonderbesitz wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass Sondereigentum unmöglich wäre.[1]

Der Teilbesitzer darf sich verbotener Eigenmacht nach den Vorschriften des § 859 erwehren. Diese Rechte stehen ihm auch dem Besitzer der ganzen Sache gegenüber zu, der meist mittelbarer Besitzer sein wird. Setzt sich also z. B. der Besitzer des Hauses, in dem ich als Mieter ein Zimmer bewohne, während meiner Abwesenheit widerrechtlich in dessen Besitz, so kann ich ihn bei meiner Rückkehr — vorausgesetzt, dass die Bedingung der „Sofortigkeit“ noch erfüllt werden kann — mit Gewalt wieder entsetzen.

Was den Mitbesitzer angeht, so ist sein Selbstschutzrecht durch § 866 in einer Richtung eingeschränkt. Während ihm gegen Dritte die Rechte

1 § 93 BGB.

aus § 859 unbegrenzt zustehen, hat er sie seinem Mitbesitzer gegenüber insoweit nicht, als es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Der I. Entwurf (§ 817) erklärte auch Handlungen eines Teilhabers, die einen anderen Teilhaber in seiner Gebrauchsbefugnis hinderten, für verbotene Eigenmacht, liess also auch diesen Handlungen gegenüber (neben den Besitzklagen) den Selbstschutz gemäss § 859 (damals § 815) zu. Im II. Entwurf liess man diese Bestimmung jedoch fallen. Man versagte dem Mitbesitzer solchen Handlungen gegenüber die possessorische Klage, „weil sonst ein rein petitorisches Element in die Besitzklage hineingetragen werde,“ [1] und damit fiel dann auch — man darf allerdings nicht sagen notwendigerweise [2] — der Selbsschutz weg. Man meinte damit auch der Gefahr aus dem Wege zu gehen, „dass die Gemeinschaft einen Freibrief für Gewaltthaten gebe.“ [3] Der Selbstschutz versagt dem Mitbesitzer gegenüber aber nur soweit, als es sich um die Grenzen des dem einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Wird also dem Mitbesitzer der Mitbesitz durch einen der Teilhaber entzogen, so ist die Ausübung der Rechte aus § 859 statthaft.

Der Selbstschutz des Besitzers wird endlich auch demjenigen gestattet, der in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit gestört wird. Da eine

1 Prot. der Komm. f. d. II Lesung. Bd. III S. 42.
2 s. o. S. 37.
3 Dernburg, bürgerl. R. Bd. III S. 75.

solche Selbstschutzhandlung ebenfalls zu einem eigenmächtigen Eingriff in fremden Besitz führen kann, wird sie hier einer kurzen Betrachtung unterzogen.

Der Schutz des aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigten wurde früher als Besitzschutz aufgefasst, als man neben dem Sachbesitz einen Rechtsbesitz anerkannte. Während diese iuris possessio sowohl dem römischen Recht, als besonders auch dem deutschen Recht ein geläufiger Begriff war,[1] hat das BGB. dieses Institut beseitigt. Das Gesetzbuch konnte den Rechtsbesitz entbehren, da es den Begriff des Sachbesitzes soweit gedehnt hatte, dass die Verhältnisse, zu deren Gunsten der Rechtsbesitz erfunden worden war, sich nunmehr grossenteils als Sachbesitz darstellten und dessen Vorteile, insbesondere possessorischen Schutz, genossen. Der Niessbraucher, der Pfandgläubiger, der Erbbauberechtigte sind nach heutigem Recht Sachbesitzer. Ganz und gar hat sich das Gesetzbuch von dem Begriffe des Rechtsbesitzes jedoch nicht frei machen können; es hat in seinem § 1029 eine Art Rechtsbesitzverhältnis anerkannt, wenn auch nicht als solches, so doch darin, dass es das Verhältniss mit possessorischem Schutze ausstattet.

§ 1029 lautet:

Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch

1) Das deutsche Recht dehnte den Begriff des Rechtsbesitzes auf publizistische Rechte aller Art aus, z. B. den Adel, das Patronatrecht, Regalien, Steuerfreiheit u. s. w.

eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist.

Die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung d. h. die Bestimmungen der §§ 859—862. Wir betrachten die hieraus entspringenden Folgen nur soweit, als dadurch die Ausübung des eigenmächtigen Selbstschutzes und damit eventuell ein eigenmächtiger Eingriff in fremden Besitz statthaft wird.

Die erste Voraussetzung ist, dass die Grunddienstbarkeit im Grundbuche eingetragen ist. Dies gilt auch für die Grunddienstbarkeiten, die zum Halten einer Anlage auf dem dienenden Grundstücke berechtigen, die sog. apparenten Servituten.[1] Die Grunddienstbarkeit muss für den Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingetragen sein. Damit erhält der Besitzer, der nicht eingetragen zu sein braucht, den Besitzschutz.

Als zweite Voraussetzung ist dann noch erforderlich, dass die Grunddienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. Dieses Erfordernis erscheint als Analogon des für den Besitzschutz des Sachbesitzers nötigen thatsächlichen Gewaltverhältnisses zur Sache. Nach dem Wortlaute („sei es auch nur einmal") denkt das Gesetz insbesondere an die Grunddienstbarkeiten, die in wiederkehrenden

1) Prot. für die Komm. f. d. II. Les. Bd. III. S. 320.

Einwirkungen auf das Grundstück bestehen z. B. an Wegegerechtigkeiten. Bei Grunddienstbarkeiten, die zum Halten einer Anlage auf dem dienenden Grundstücke berechtigen, besteht die Ausübung darin, dass die Anlage während des letzten Jahres vor der Störung eine Zeit lang vorhanden gewesen ist. Geht die Grunddienstbarkeit dahin, dass auf dem dienenden Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, so ist eine Ausübung schon darin zu erblicken, dass die Handlungen thatsächlich nicht vorgenommen werden. Ein Verbot von Seiten des Besitzers des herrschenden Grundstücks an den Eigentümer des dienenden und ein dem entsprechendes Verhalten des letzteren ist nicht erforderlich. Übrigens kann schon in der Eintragung ins Grundbuch ein solches Verbot gesehen werden.[1]

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so stehen dem Berechtigten die possessorischen Schutzmittel zur Verfügung, insbesondere auch die Rechte des Selbstschutzes aus § 859. Vergegenwärtigen wir uns, in welcher Weise diese Rechte praktisch werden.

Zunächst ist von einer eigenmächtigen Ausübung der Servitut an sich — mag sie auch im Grundbuch eingetragen sein — keine Rede. Der Besitzer muss sich zuerst den Servitutenbesitz —

---

1) Ebenso Biermann, Kommentar Anm. 1 zu § 1029. A. M. Dernburg, Pandekten Bd. I, 2 S. 238 Anm. 21.

wir bedienen uns der Kürze halber dieses für das BGB. fehlerhaften Ausdrucks — erworben haben. Er muss die Handlung vorgenommen haben, die ihm den geschützten „Servitutenbesitz“ auf ein Jahr sichert. Nehmen wir an, es sei zu Gunsten eines Grundstücks eine Wegeservitut eingetragen. Bei der erstmaligen Ausübung seiner Befugnis ist der Berechtigte zur Eigenmacht keineswegs legitimiert. Verbietet ihm der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Benutzung des Weges, so muss er den Klageweg beschreiten. Geht er eigenmächtig vor, so übt er verbotene Eigenmacht, deren sich der Besitzer des dienenden Grundstücks mit Gewalt erwehren darf (§ 859). Dies ändert sich, wenn dem Berechtigten die Ausübung der Servitut gelingt, d. h. wenn sie ihm der Eigentümer gestattet oder wenn er dessen Widerstand besiegt. Damit schafft er sich für ein Jahr „Servitutenbesitz“, der, wenn durch verbotene Eigenmacht erlangt, fehlerhaft sein mag, den der Eigentümer aber achten muss. Jetzt treten die Selbstschutzrechte in Kraft auch zu gunsten des fehlerhaften „Servitutenbesitzes“. Wird der Berechtigte in der Ausübung gestört, so darf er sich der Störung mit Gewalt erwehren. Versperrt ihm der Eigentümer mit Schranken den Weg, so darf er sie beseitigen, nötigenfalls zerstören. Wirft der Eigentümer Gräben auf, so darf er sie zuschütten. Die eigenmächtigen Besitzeingriffe, die diese Handlungen darstellen, werden als Selbstschutzhandlungen des „Servitutenbesitzers“ statthaft.

Die Bestimmungen des § 1029 gelten auch für

die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, die in den §§ 1090—1093 geordnet sind. S. § 1090 Abs. 2[1].

c. Die Notstandshandlung im engern Sinne.

Von der Betrachtung der Fälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz, die ihre Rechtmässigkeit ihrer Eigenschaft als Notwehrhandlungen oder als damit verwandten Besitzselbstschutzhandlungen verdanken, wenden wir uns zu denen, die als Notstandshandlungen im engern Sinne[2] die Rechtswidrigkeit verlieren. Wir haben oben, als wir den Begriff der Notstandshandlungen entwickelten, darauf hingewiesen, dass das Gesetz hier auf Schwierigkeiten stiess[3]. Während es die Notstandshandlungen, die durch ein rechtswidriges Verhalten eines anderen Rechtssubjekts ausgelöst werden (Notwehr, Besitzselbstschutz, Selbstbefriedigung[4]), mit Rücksicht auf dieses Verhalten mit Rechtmässigkeit ausstattete, um ihnen zum Siege gegen den ohne Recht angreifenden oder ohne Recht sich passiv verhaltenden Feind zu verhelfen, liegt in den übrigen Notstandslagen, die ohne das Eingreifen eines Rechtssubjekts entstehen, ein solches Motiv nicht vor. Und doch verlangten diese Notstandshandlungen zum Teil dringend nach Rechtmässigkeit[5] und der

1 Übergangsbestimmungen finden sich in Art. 191 des EFG. z. BGB.

2 s. o. S. 23.

3 s. o. S. 23 fg.

4 s. u. S. 69 fg.

5 vgl. Merkel a. a. O. S. 37 fg.

Rechtsordnung erwuchs die Aufgabe, die Voraussetzungen für diese Vergünstigung aufzustellen.

Das BGB. hat das Problem in seinen §§ 228 und 904 gelöst:

§ 228: Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem andern abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

§ 904: Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen.

§ 904 giebt das Prinzip, § 228 einen Sonderfall, der sich dadurch auszeichnet, dass bei seinem Thatbestande die Gefahr gerade von der Sache droht, auf die eingewirkt wird. Dieser Unterschied zeigt seine Wirkung nur in Beziehung auf die Schadensersatzpflicht. Die Voraussetzungen der beiden Paragraphen sind im Wesentlichen[1] dieselben. Dass die Bestimmungen im Gesetzbuch nicht nebeneinander Platz gefunden haben und die allgemeinere von

1 Über eine kleine Verschiedenheit in der Voraussetzung des „überwiegenden Interesses“ s. u. S. 65.

ihnen ins Sachenrecht verschlagen worden ist, hat man vielfach gerügt[2]. In der That passt die Bestimmung des § 904 besser in den allgemeinen Teil des Gesetzbuches; es lässt sich jedoch nicht verkennen, dass diese Norm, die eine aus sozialen Gründen gebotene Beschränkung des Eigentums („eine privatrechtliche Enteignung") bedeutet, auch in dem Titel „Inhalt des Eigentums" sehr wohl untergebracht werden konnte. Die Zusammengehörigkeit der beiden Paragraphen gestattet ihre gleichzeitige Betrachtung. Wo § 228 Besonderheiten zeigt, kann darauf Rücksicht genommen werden.

Zunächst ist die Frage zu erledigen, ob durch unsere Gesetzesstellen eigenmächtiges Eingreifen in fremde Rechtskreise und damit in fremden Besitz legalisiert wird. Für § 228 lässt die Fassung keinen Zweifel aufkommen: . . . wer . . . beschädigt oder zerstört . . . handelt nicht widerrechtlich d. h. rechtmässig — denn so muss man, wie oben nachgewiesen, übersetzen. Aber gilt das auch für § 904? Aus dem Wortlaut allein kann das u. E. noch nicht gefolgert werden: „der Eigentümer ist nicht berechtigt, die Einwirkung zu verbieten". Damit ist an sich dem Eigentümer nichts weiter als eine Duldungspflicht auferlegt, dem im Notstande Befindlichen ein Recht zu der Einwirkung gegeben. Dass er dieses Recht eigenmächtig ausüben dürfe, ist daraus allein nicht zu entnehmen. Vergleichsweise sei auf § 867 des Gesetzbuchs hingewiesen, der vom Abholungsanspruche des Besitzers, dessen Sache auf ein fremdes

2 vgl. Crome a. a. O. Bd. I. S. 539 Anm. 29.

Grundstück geraten ist, handelt. Hier sagt das Gesetz: „Der Besitzer des Grundstücks hat ihm die Wegschaffung zu gestatten.“ Ein Recht zur eigenmächtigen Durchführung dieses Anspruchs wird von keinem Schriftsteller anerkannt. Bedeuten aber die in diesem Paragraphen gewählten Worte etwas anderes als die des § 904: „ist nicht berechtigt zu verbieten? Wir haben dasselbe nur in negativer Fassung. Dass diese gewählt wurde, erklärt sich daraus, dass den Verfassern, die mit der Begrenzung des Eigentumsrechtes beschäftigt waren, die in der Wissenschaft in diesem Zusammenhange übliche Formel vorschwebte: Der Eigentümer ist berechtigt, jede Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten Aus dem Wortlaut lässt sich demnach nicht schliessen, dass das Gesetz dem Berechtigten Eigenmacht gestattet, wohl aber aus dem Inhalt der Bestimmung.

Liegen nämlich die Voraussetzungen des § 904 vor so sind stets auch die des § 229 gegeben. Zur Durchführung des aus § 904 zustehenden Anspruchs wird der Berechtigte stets das Selbsthülferecht des § 229 ausüben können. Er wird stets den Widerstand des Eigentümers gegen die Einwirkung auf die Sache, die dieser zu dulden verpflichtet ist, nötigenfalls mit Gewalt beseitigen dürfen, weil obrigkeitliche Hülfe in einem Falle, wo es sich um Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr handelt, zur Durchführung des Anspruchs niemals rechtzeitig zu erlangen ist. So kommt man durch Kombination der §§ 904 und 229 zu dem Schlusse, dass die dem im Not-

stande Befindlichen zugebilligten Rechte stets als Selbsthülfehandlungen des § 229 eigenmächtig ausgeübt werden dürfen Weiterhin gelangt man durch diese Kombination zu dem befriedigenden Ergebnis, dass, wer den Widerstand des sich zur Wehr setzenden Eigentümers mit Gewalt bricht und ihm dabei Schaden zufügt, diesen Schaden für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 904 thatsächlich nicht vorgelegen haben — neben dem durch die Einwirkung selbst entstandenen Schaden — auch dann ersetzen muss, wenn er sich über die Existenz jener Voraussetzungen in entschuldbarem Irrtum befunden hat.[1] Zu dieser durchaus billigen Verbesserung der Rechtslage des Eigentümers, „der die Richtigkeit seiner Meinung über das Vorhandensein und die Dringlichkeit der Gefahr im Wege des Faustkampfs hätte erhärten müssen",[2] kann man nicht kommen, wenn man den § 904 an sich das Recht der Eigenmacht geben lässt. Man müsste denjenigen, der in entschuldbarem Irrtum das Nothülferecht ausübt und bei der Gewaltanwendung dem Eigentümer Verletzungen zufügt, nach allgemeinen Grundsätzen von der Verantwortlichkeit für den dadurch entstandenen Schaden befreien. Durch unsere Auslegung wird das berechtigte Bestreben unterstützt, die Rechtslage des Eigentümers, den nun das Gesetz einmal zwingt, seine Sache in fremde Dienste zu stellen, möglichst günstig zu gestalten

1 § 231 kommt zur Anwendung.

2 Cosack a. a. O. Bd. I, S. 273.

Wir stellen nunmehr die Voraussetzungen fest, an die das Gesetz die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung im engern Sinne knüpft. Zunächst muss eine „Gefahr" vorliegen. (§ 904: zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr. § 228: um eine durch sie drohende Gefahr abzuwenden.) Gefahr ist „die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses von schädlichem Charakter".[1] § 904 fordert, dass die Gefahr, „gegenwärtig" sei. Was oben (S. 31) über das Erfordernis der „Gegenwärtigkeit" des rechtswidrigen Angriffs bei der Notwehr gesagt ist, gilt auch hier. Es ist nicht erforderlich, dass das schädliche Ereignis schon begonnen hat; es genügt, dass es unmittelbar bevorsteht. Es darf aber auch noch nicht vorüber sein. So ist es keine Notstandshandlung, wenn ich einen Hund, der mich gebissen hat und dann die Flucht ergreift, nachträglich niederschiesse. § 228 verlangt eine durch die Sache drohende Gefahr. Das ist so zu verstehen, dass die Sache selbst die Quelle der Gefahr sein muss, dass die Sache selbst Anormalitäten zeigen muss, die auf unsere Rechtsgüterwelt schädigend einzuwirken drohen. So befinde ich mich dem brennenden Nachbarhaus gegenüber, dessen Flammen auf das Dach meines Hauses schlagen, in einem Notstande im Sinne des § 228; dem Hause gegenüber, das zwischen dem meinigen und der Brandstätte liegt und dessen Abbruch geboten erscheint, weil es ebenfalls vom Feuer ergriffen zu

1 v. Roland, die Gefahr im Strafrecht, Dorpat und Leipzig 1888, S. 1 (zitiert von Titze a. a. O. S. 100).

werden und dadurch den Brand meinem Hause näher zu bringen droht, aber nur in einem Notstande im Sinne des § 904. Die in § 228 geforderte Voraussetzung, dass die Gefahr durch die Sache droht, wird also nicht dadurch erfüllt, dass die Existenz der Sache gefährlich wird; es ist vielmehr verlangt, dass die Sache die Quelle der Gefahr ist, dass sie gleichsam „angreifend“ [1] gegen unsere Rechtsgüterwelt vorgehe. Der allgemeinere § 904 begreift dagegen auch[2] alle anderen Fälle, in denen die Sache, auf die im Notstande eingewirkt wird, an der drohenden Gefahr ganz unbeteiligt ist, wo sie weder durch ihr „Verhalten“, ja nicht einmal durch ihre Existenz gefährlich wird. Hier kann die Gefahr die verschiedensten Ausgangspunkte haben. Sie kann durch den rechtswidrigen Angriff eines Menschen hervorgerufen sein: auf der Flucht vor einem Räuber überschreite ich fremde Äcker,[3] sie kann in einem Notstande im Sinne des § 228 liegen: um den Brand des Nachbarhauses zu löschen, nehme ich fremde Eimer weg u. s. w., sie braucht endlich weder durch einen

---

1 Das ist nur bildlich gemeint, und es ist u. E. unzulässig, leblose Sachen als Angreifer zu bezeichnen. Vgl. Endemann, Einführung S. 374 Anm. 6.: „Die „drohende“ Sache in § 228 ist ein Bild, das dem „rechtswidrigen Angriff“ in § 227 korrespondieren soll. Die ganze Notlage ist von Anfang an nur als eine Ergänzung der Notwehr gedacht, die notwendig sei, weil Notwehr nur auf den Angriff der Menschen sich bezieht, man denselben Rechtsschutz aber auch gegen Tiere und Sachen haben wollte. Vgl. Motive Bd. I S. 350.

2 „Auch“, wie oben gesagt, lässt sich der Thatbestand des § 228 in § 904 unterbringen.

3 Diese Handlung würde ja nach unserer Ansicht nicht durch die Notwehr gedeckt s. o. S. 35.

Menschen, noch durch eine Sache verursacht zu sein: dem Hungertode nahe, entwendet jemand ein Brot.

Welchem Rechtsgute die Gefahr droht, ist gleichgültig. Wie bei der Notwehr alle Rechtsgüter für wehrhaft erklärt sind, begründet auch die Gefährdung aller rechtlich geschützten Interessen einen Notstand. Wer in den Verdacht eines Diebstahls kommt, und die gestohlene Sache in einem fremden Koffer vermutet, darf den Koffer eigenmächtig öffnen, um die Sache hervorzuziehen und sich von dem Verdachte zu reinigen.[1] Ein Ehrennotstand liegt vor.

Wie bei der Notwehr darf nicht nur derjenige die Notstandshandlung vornehmen, der an der Unversehrtheit des gefährdeten Rechtsgutes ein Interesse hat, sondern jeder Dritte darf für den Interessenten thätig werden. § 228 sagt dies ausdrücklich, § 904 lässt es aus seiner allgemeinen Fassung schliessen.

Die zweite Voraussetzung ist, dass die Gefahr nicht anders als durch die Einwirkung auf die Sache abgewendet werden kann. (§ 228: wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist. § 904: wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist.) Die Einwirkung auf die fremde Sache muss der einzige Ausweg aus der Notlage sein: ich darf beim Brande meines Hauses nicht in den fremden Garten eindringen, solange es möglich ist, das Feuer von meinem Hofe aus zu bewältigen. Es darf auch nur die erforderliche Einwirkung ge-

1 Beispiel bei Titze a. a. O. S. 101.

schehen: ich darf den andringenden Hund nicht niederschiessen, wenn ich ihn durch Schläge verscheuchen kann.

Als letzte Voraussetzung wird endlich gefordert, dass der durch die Einwirkung auf die fremde Sache entstehende Schade in einem bestimmten Verhältnis steht zu dem drohenden Schaden. § 228 drückt das aus: wenn der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht. § 904 sagt: wenn der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismässig gross ist. Zwischen diesen beiden Bestimmungen besteht ein Unterschied.[1] Im Falle des § 228 darf der dem Eigentümer entstehende Schaden nicht ausser Verhältnis zu dem drohenden Schaden stehn, d. h. er muss entweder kleiner oder gleich gross oder auch nur ein wenig grösser sein. Anders im Falle des § 904. Hier muss der drohende Schaden unverhältnismässig d. h. um ein beträchtliches grösser sein als der dem Eigentümer durch die Einwirkung entstehende. Es genügt also nicht, dass der letztere kleiner ist als der drohende oder ebensogross, geschweige denn nur um ein weniges grösser. Stellen wir den Unterschied zwischen den beiden Bestimmungen zahlenmässig dar: Mein Haus hat einen Wert von 20 000, das Nachbarhaus von 19 000. Dieses droht sich zu senken, wodurch mein Haus in die Gefahr des Einsturzes kommt. Durch schleunigen Abbruch des Nachbarhauses

1) A. M. Titze a. a. O. S. 105 Anm. 20.

lässt sich die Katastrophe vermeiden. Ich darf bei obigem Wertverhältnis nach § 228 das Haus eigenmächtig niederreissen. Ich dürfte es sogar, wenn es 20 000 ja 21 000 wert sein sollte. Anders, wenn ich das Haus beseitigen möchte, weil es von einem Brande ergriffen zu werden und das Feuer meinem Hause näher zu bringen droht, wenn also § 904 Anwendung findet. Ich darf in diesem Falle das Haus nicht einreissen; denn der mir drohende Schaden (20 000) ist nicht unverhältnismässig grösser als der durch die „Einwirkung" meinem Nachbarn entstehende. Viel weniger noch dürfte ich es, wenn das Nachbarhaus 20 000 oder gar 21 000 zu schätzen wäre. Aus diesen Beispielen geht hervor, dass die Bedingungen für die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung in § 228 leichter sind als in § 904 und zwar mit gutem Grunde. Dort nämlich „greift" die Sache selbst gleichsam „an", und wir schlagen den Angriff auf ihre Kosten zurück,[1] während in § 904 die Sache, auf die eingewirkt wird, ganz unbeteiligt daliegt, und eine Einwirkung nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn das starre Festhalten an dem Prinzip der Unverletzlichkeit fremder Rechtsgüter zu unerträglichen Zuständen führen würde also namentlich dann, wenn jemand einen Schaden auf sich nehmen müsste, der durch eine unverhältnismässig geringfügige Beeinflussung fremder Rechtsgüter vermieden werden könnte.

Es wird nach dem vorigen also bei der Frage, ob eine Notstandshandlung durch die Bestimmungen

1) Endemann a. a. O. Bd. I S. 374

der §§ 228 und 904 gedeckt ist, immer eine Abwägung der Interessen des Handelnden und des Eigentümers der Sache notwendig. Hierbei wird man zunächst eine allgemeine Wertskala der Lebensgüter zu Rate ziehen, von der man abliest, dass eine Gefahr für Leben, Gesundheit, Ehre und Freiheit regelmässig einen Eingriff in fremdes Vermögen rechtfertigen wird. Regelmässig, im Einzelfalle wird man z. B. eine vorübergehende Beeinträchtigung der Freiheit nicht durch Zerstörung hoher Vermögenswerte beseitigen dürfen. Jene Skala lässt uns aber ganz im Stich, wenn es Vermögensgut gegen Vermögensgut abzuschätzen gilt. Hier muss in jedem einzelnen Falle der Wert des gefährdeten und des verletzten Gutes ermittelt werden, und zwar der objektive, reale Wert. Das etwaige Affektionsinteresse bleibt ausser Ansatz. Man darf einen wertlosen Hund, der sich anschickt ein teures Buch zu zerfetzen, im Notfalle niederschiessen, auch wenn er seinem Herrn, dem er einmal das Leben gerettet, um Geld nicht feil ist.

Mit der gegenwärtig drohenden Gefahr, der Notwendigkeit der Einwirkung und dem näher bezeichneten Wertverhältnisse der Interessen sind die Voraussetzungen des Notstandes im engern Sinne erschöpft. Insbesondere ist die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung nicht dadurch bedingt, dass die Gefahr von dem Handelnden unverschuldet ist. Ich darf auch das Tier, das ich zum Angriffe reizte, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, rechtmässig töten. Ich darf die fremden Feuereimer in

Benutzung nehmen, auch wenn ich mein Haus grobfahrlässig angezündet habe. Das Verschulden kommt allerdings in Betracht aber nur bei der Entscheidung der Schadensersatzfrage im Falle des § 228: die Rechtmässigkeit der Notstandshandlung ist davon unabhängig. Da die Schadensersatzfrage hier, wo nur die Voraussetzungen der rechtmässigen Notstandshandlung zu ermitteln waren, nicht weiter in Betracht kommt, gehen wir auch über das Problem hinweg, wann die Gefahr als verschuldet anzusehen ist.[1]

Den Inhalt der durch den Notstand im engern Sinne gegebenen Befugnisse bilden Einwirkungen auf fremde Sachgüter. Dass nicht etwa auch die andern Rechtsgüter, das Leben, die Gesundheit u. s. w. in Mitleidenschaft gezogen werden dürfen, geht zur Genüge aus dem Wortlaut der Bestimmungen hervor.

Die Einwirkungen auf die fremden Sachen können neben Beschädigung und Zerstörung, die § 228 nennt, auch in blossem Wegnehmen oder Gebrauch der Sache bestehen; immer aber werden wir — es müsste sich denn ausnahmsweise um besitzerlose Sachen handeln — in diesen Einwirkungen Eingriffe in fremden Besitz erkennen, die als Notstandshandlungen rechtmässig werden. Daher bietet der Bereich der Notstandshandlungen im engern Sinne die fruchtbarste Ausbeute an

---

1 s. darüber Endemann a. a. O. Bd. I S. 375 ff. Titze a. a. O. S. 114 ff. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 92 ff.

Fällen des statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz dar.

II. Die Selbstbefriedigung.

Eine Art von Rechtsgütern bedarf wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit eines besonderen Schutzes, die Ansprüche. Oben wurde der Grund dieser Besonderheit bereits angegeben (s. o. S. 13). Er liegt darin, dass der Wert der Ansprüche nicht auf ihrer unverletzten Existenz allein beruht, sondern auch darauf, dass ihre Verwirklichung, d. h. die Herstellung des ihnen entsprechenden thatsächlichen Zustandes, möglich bleibt. Wird die Möglichkeit dieser Verwirklichung gefährdet, so ist der Wert des Anspruchs in Frage gestellt, und daher mussten schon zur Abwendung dieser Gefahren dem Berechtigten Mittel gegeben werden. Kann eine solche Gefahr nicht ohne Eingriff in fremde Rechtskreise beseitigt werden, so liegt ein Notstand im Sinne des oben[1] aufgestellten Begriffes vor. Die Frage, wie dieser Notstand die zum Zwecke der Anspruchsverwirklichung geschehenden Eingriffe in fremde Rechtskreise beeinflusse, insbesondere, ob an sich rechtswidrige Handlungen durch diesen Zweck legalisiert würden, hat die Wissenschaft seit langer Zeit beschäftigt. Den Abschluss der Entwicklung sehen wir in den §§ 229–231 des BGB.

1 s. o. S. 18 fg.

Werfen wir einen Blick in die Geschichte dieser Entwicklung. Es unterliegt keinem Zweifel, dass für die ältesten Zeiten die gestellte Frage überhaupt gegenstandslos ist. Die eigenmächtige Anspruchsverwirklichung war ohne Rücksicht auf einen etwa vorliegenden Notstand unbedingt gestattet, als ein ius naturale des Individuums. Der Gläubiger nahm sich eigenmächtig weg, was der Schuldner ihm versprochen hatte. Der Eigentümer, der seine Sache in fremden Händen fand, brachte sie mit der Kraft seines Armes wieder an sich. So auch in Rom, und daran wird dadurch nichts geändert, dass wir schon sehr früh (unter Servius Tullius angeblich) eigene Zivilgerichte finden. „Denn der weitere Weg kann, lediglich weil er auch besteht, nicht die Benützung des kürzeren zum selben Ziele verbieten".[1] Je mehr jedoch Staatsgewalt und Rechtspflege erstarkten, desto weniger Raum blieb diesem Eigenmachtsrechte; denn der Staat und die Rechtsordnung, die Friedensordnung ist, war jeder Gewaltthat abhold, dämmte die eigenmächtige Rechtsverfolgung ein und zwang sich dem Berechtigten als Helferin auf. Früh schon entstanden die leges de vi, denen auch der gewaltthätige Selbsthelfer verfiel, jedenfalls der, welcher vis atrox geübt hatte. Schliesslich verbot man jede Eigenmacht unter Androhung von Strafen. Der Gläubiger, der sein Forderungsrecht eigenmächtig befriedigt, indem er dem Schuldner Sachen wegnimmt — auch durch vis non atrox — oder der den

1 Schmitt a. a. O. S. 17.

Schuldner zur Herausgabe nötigt, soll sein Forderungsrecht verlieren (Decretum D. Marci). Der Eigentümer, der seine in fremdem Besitz befindliche Sache eigenmächtig wieder an sich bringt, soll sein Eigentum zu Gunsten des Besitzers einbüssen (l. 7 C. 8,4, Constitution v. J. 389). Damit war nicht die Selbstbefriedigung als solche für unerlaubt erklärt, wie später in der Wissenschaft und in manchen Gesetzen gesagt wurde, sondern nur der Satz aufgestellt: dass eine an sich widerrechtliche Handlung nicht dadurch rechtmässig wird, dass sie zum Zwecke der Selbstbefriedigung geschieht.[1] Mit dem Erscheinen dieses Satzes ward auch die oben gestellte Frage brennend, ob nicht der Notstand, der als Selbstverteidigung rechtswidrige Handlungen statthaft machen konnte, auch auf dem Gebiete der Selbstbefriedigung seine Wirkung äussere. Für das gemeine Recht beantwortete man die Frage dahin, dass eigenmächtige Selbstbefriedigung erlaubt sei, wenn ohne sie ein unwiederbringlicher Verlust entstehen würde.[2] Dieselbe Regelung trifft das preussische Recht im ALR. Einleitung § 78: die Selbsthülfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hilfe des Staats zur Abwendung eines unwiederbringlichen

1 s. Windscheid a. a. O. Bd I, S. 538.

2 vgl. Windscheid a. a. O, Bd. I, S. 541. Dernburg. Pandekten Bd. I, 1 S. 289: „Selbstbefriedigung ist im Notstand berechtigt d. h. dann wenn die Hülfe der Obrigkeit zu spät kommen würde, um unwiederbringlichen Schaden von uns abzuwenden." Binding a. a. O. Bd. I, S. 790. Die massgebende Quellenstelle ist: l 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42,8.

Schadens zu spät kommen würde.[1] Das bürgerliche Gesetzbuch hat, über das ältere Recht hinausgehend, die Frage in § 229 behandelt:

Wer zum Zwecke der Selbsthülfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthülfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.

Damit nimmt das Gesetzbuch zu der Frage in folgender Weise Stellung: Eine Handlung wird einerseits dadurch nicht unerlaubt, dass sie zum Zwecke der Selbstbefriedigung vorgenommen wird, anderseits wird dadurch eine unerlaubte Handlung nicht zu einer erlaubten. Letzteres ist nur dann der Fall, wenn es das Gesetz ausdrücklich bestimmt. Diese Stellungnahme des Gesetzes dokumentierte § 188 des I. Entwurfes in den Worten: „Selbsthülfe mittels Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt.“ Der Paragraph wurde später, als ausschliesslich doktrinär, gestrichen. In § 229 giebt das Gesetz dem Notstand die Fähigkeit, Selbstbe-

1 vgl. Sächs. BGB. §§ 179. 180. Das preussische Recht erblickte in der eigenmächtigen Rechtsverfolgung eine Beleidigung des Staates. vgl. Dernburg, Pr. Privatr. Bd. I, S. 257.

friedigungshandlungen zu legalisieren und stellt die Voraussetzungen auf. Unter den in diesem Paragraphen aufgezählten Handlungen, die, an sich rechtswidrig, als Selbstbefriedigungshandlungen rechtmässig werden, findet sich in weitem Umfang auch der eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz. Es erwächst uns damit die Aufgabe, die Voraussetzungen des § 229 zu untersuchen.

Die Selbstbefriedigung ist Anspruchsverwirklichung. Voraussetzung ist also die Existenz eines Anspruchs, der gültig ist. Es genügt nicht, dass der Handelnde in entschuldbarem Irrtum einen Anspruch zu haben glaubt. Es genügt aber jeder gültige Anspruch, mag er auf ein Thun oder ein Unterlassen oder auf ein Dulden[1] gerichtet sein. Da die Selbsthülfe ein Surrogat der Gerichtshülfe ist, muss man annehmen, dass der Anspruch auch betagt oder bedingt sein darf (vgl. § 916 Abs. 2 der ZPO.).

Die zweite Voraussetzung ist, dass obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Ob sie gegeben ist, kann nur im Einzelfalle entschieden werden. Statthafte Selbsthülfe ist jedenfalls ausgeschlossen, so lange noch durch das Mittel des Arrestes (ZPO. §§ 916—934) oder der einstweiligen Verfügung (ZPO. §§ 935—945) zu helfen ist. Die Voraussetzung kann dadurch gegeben sein, dass infolge von Krieg, Revolution oder Epidemie ein Justizstillstand eingetreten ist oder dass der Sitz

1 z. B. der Anspruch aus § 904 s. o. S. 60.

der zuständigen Behörde zu weit entfernt oder die Zeit zu kurz ist, um auch nur einen der ausserordentlichen Rechtsbehelfe zu erwirken.

Weiterhin muss die Gefahr bestehen, dass ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Hier geht das BGB. über das gemeine und preussische Recht hinaus: es ist nicht mehr erforderlich, dass das Abwarten der Staatshilfe mit unwiederbringlichem Schaden verbunden sein würde.

Die Selbsthilfe ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil zwar ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt wird, der Berechtigte aber mit Sicherheit Leistung des vollen Schadensersatzes wegen Nichterfüllung erwarten kann. Die Motive Bd. I S. 355 sagen hierüber: auf die Möglichkeit Schadensersatz zu erlangen, lässt sich entscheidendes Gewicht nicht legen. Schadensersatz und Erfüllung sind nicht gleichwertig. Dem Berechtigten kann auch nicht schlechthin angesonnen werden, in einem Falle, in welchem es gilt, augenblicklich zu handeln, erst zu erwägen, ob die Umstände darnach angethan sind, dass die Aussicht auf Ersatz als eine begründete erscheint[1].

Aus den Worten „zum Zwecke der Selbsthülfe" könnte noch auf ein viertes Erfordernis der rechtmässigen Selbsthülfehandlung geschlossen werden, nämlich die Absicht des Berechtigten, eine Selbsthülfehandlung vorzunehmen. Es kann jedoch nicht

1 Planck, Kommentar, Anm. 2b zu § 229.

der Wille der Bestimmung sein, die Rechtmässigkeit der Handlung, wenn die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind, einem subjektiven Irrtume des Berechtigten zum Opfer fallen zu lassen[1].

Als Selbsthülfehandlungen sind statthaft Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen, Festnahme des fluchtverdächtigen Verpflichteten, Beseitigung des Widerstandes des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist. Was die Wegnahme von Sachen betrifft, so wird ihr von einigen Schriftstellern[2] dadurch mittelbar eine Schranke gesetzt, dass nach § 230 Abs. 2 in diesem Falle, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen ist. Aus dieser Bestimmung soll folgen, dass nur die Wegnahme solcher Sachen statthaft ist, in die entweder die Zwangsvollstreckung oder der dingliche Arrest zulässig ist. Dieser Schluss geht u. E. zu weit. Es folgt dies daraus, dass die Ablehnung des Arrestantrages nach § 230 Abs. 4 keine weitere Wirkung hat, als dass die weggenommene Sache unverzüglich zurückzugeben ist. Die Selbsthülfehandlung wird durch die Ablehnung des Arrestantrags nicht etwa nachträglich für widerrechtlich erklärt. Ihr Erfolg wird dadurch zwar vereitelt, sie bleibt aber rechtmässig und verpflichtet auch nicht zum Schadensersatze.

---

1 vgl. Titze a. a. O. S. 124.

2 Planck, Komm. Anm. 3a zu § 229. Windscheid-Kipp a. a. O. Bd. I S. 542, 3c.

Eher könnte man mit Hölder[1] aus dem Charakter der Selbsthülfe als Surrogats der Staatshülfe schliessen, dass man dem Verpflichteten nur solche Sachen wegnehmen dürfe, die bei der ordentlichen Erledigung der Angelegenheit durch staatliche Organe (den Gerichtsvollzieher) weggenommen werden dürften. Aber auch diese Absicht darf man u. E. dem Gesetze nicht unterstellen. Durch solche Beschränkungen würde man den „frei und selbstbewusst gestalteten Normen“[2] des Gesetzbuchs ein gut Teil ihrer Kraft nehmen. Man darf dem Berechtigten nicht zumuten, dass er im Augenblick dringender Gefahr die Tabelle des § 811 ZPO. durchgeht oder sich die Voraussetzungen des dinglichen Arrestes vergegenwärtigt. Mag er, wenn nur die übrigen Bedingungen gegeben sind, zugreifen. Die Rechte des Verpflichteten werden genügend gewahrt durch den Zwang, nach der Wegnahme der Sache, sofern nicht die Zwangsvollstreckung erwirkt wird, den dinglichen Arrest zu beantragen. Nun kann der Richter entscheiden, ob die Sache nicht pfändbar ist oder nicht mit Arrest belegt werden darf, und dem Antragsteller die Pflicht sofortiger Rückgabe auferlegen.

Die Selbsthülfehandlung kann auch in der Zerstörung oder Beschädigung einer Sache bestehen. Hier ist an Fälle der Art zu denken, dass die geschuldete Sache sich in einem verschlossenen Behälter befindet, den der Berechtigte erbricht oder

1 Anm. 1a zu § 230 seines Komm.

2 Endemann, a. a. O. Bd. I S. 382 Anm. 1 Abs. 3.

dass der Wegeberechtigte ein Gitter, das ihm den Zugang zu dem dienenden Grundstück versperrt, einreisst, dass Transportmittel, auf denen der Schuldner die zu beschlagnahmenden Sachen wegschaffen will, zerstört werden.[1]

Der Verpflichtete, der der Flucht verdächtig ist, darf festgenommen werden. Das Erfordernis des Fluchtverdachts wurde vom Reichstag hinzugefügt, damit das Recht nicht auch etwa ausgeübt werde, um streikende Arbeiter zur Weiterarbeit zu zwingen, wie Endemann (a. a. O. Bd. I S. 383 Anm. 5) berichtet.

Endlich darf man den Widerstand einer Person gegen eine Handlung, die sie zu dulden verpflichtet ist, beseitigen, nötigenfalls mit Gewalt, die auch zum Blutvergiessen führen kann.

Allen diesen Befugnissen ist in § 230 Abs. 1 eine Grenze gesetzt: die Selbsthülfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist. Also auch hier wie bei der Notwehr, dem Besitzselbstschutz und der Notstandshandlung das Erfordernis des „moderamen".

Obige Übersicht über die Handlungen, die den Inhalt des Selbsthülferechts bilden können, zeigt, dass sie fast stets einen Eingriff in fremden Besitz darstellen. Durchgängig ist ein solcher in der Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen zu erblicken. Aber auch eine Festnahme und Widerstandsbeseitigung wird oft nicht ohne ein Betreten fremder Grundstücke möglich sein. Diese

1 Crome a. a O. Bd. I S. 540.

Eingriffe sind als Selbsthülfehandlungen i. e. S. statthaft, verpflichten nicht zum Schadensersatze und können weder durch Notwehr noch durch Besitzesselbstschutz abgewehrt werden. Um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, haben wir die Voraussetzungen und den Inhalt des Selbsthülferechts ermittelt. Die weiteren Vorschriften über die Selbsthülfe interessieren in diesem Zusammenhang nicht. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass im Falle der Wegnahme von Sachen, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen ist, und im Falle der Festnahme des Verpflichteten, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, der persönliche Sicherheitsarrest bei dem Amtsgerichte zu beantragen ist, in dessen Bezirke die Festnahme erfolgt ist, und dem der Verpflichtete unverzüglich vorzuführen ist. Wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so hat die Rückgabe der weggenommenen Sachen und die Freilassung des Festgenommenen unverzüglich zu erfolgen. Die anormale Natur dieses Rechtsbehelfs verlangte schliesslich eine besonders strenge Haftung dessen, der ihn unberechtigter Weise benutzt. § 231 statuiert daher für denjenigen, der eine der in § 229 bezeichneten Handlungen in der irrigen Annahme vornimmt, dass die für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, eine Schadensersatzpflicht auch dann, wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht.

II. Abschnitt.

Die besonderen Fälle.

Der I. Abschnitt beschäftigte sich mit den Fällen eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz, die als Notwehr-Besitzselbstschutz-Notstandshandlungen i. e. S. und als Selbsthülfehandlungen statthaft sind, die also ihre Rechtmässigkeit der Zugehörigkeit zu bestimmten Kategorien von Handlungen verdanken, die an sich rechtswidrig, dank den vom Gesetz als notwendig vorausgesetzten Umständen, unter denen sie geschehen, rechtmässig werden. Im II. Abschnitt betrachten wir die Fälle, die in einer dieser Kategorien nicht untergebracht werden können, die vielmehr ihre Statthaftigkeit von ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung herleiten. Wir beschränken uns dabei auf das BGB. und einige der eigentümlichsten Erscheinungen des aufrechterhaltenen Landesrechts. Zwar finden sich auch in älteren Reichsgesetzen einige dieser Fälle, die jedoch alle Notstandscharakter haben und deren spezielle Regelung sich dadurch erklärt, dass einerseits dem älteren Reichsrecht eine Notstandsbestimmung so allgemeiner Natur, wie sie jetzt

§ 904 des BGB. giebt, fehlte und man durch diese spezielle Regelung dem Bedürfuisse, manche Notstandshandlungen zu legalisieren, abzuhelfen suchte, dass anderseits manche dieser Fälle so komplizierten Rechtsverhältnissen entstammen, dass eine ausführliche ins Detail gehende Regelung erforderlich war. Ausser mehreren öffentlichrechtlichen Bestimmungen[1] kommen hier hauptsächlich die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Haverei in Betracht.[2] Hingewiesen sei auch auf § 75 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872, der lautet: „Der Schiffsmann darf ohne Erlaubnis des Schiffers keine Güter an Bord bringen oder bringen lassen. . . . .

. . . . . Der Schiffer ist auch befugt, die Güter über Bord zu werfen, wenn dieselben Schiff oder Ladung gefährden." Erwähnt sei ferner: Internationaler Vertrag, betreffend die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee ausserhalb

1 Vgl. Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs v. 28. Okt. 1871 RGBl. 1871 No. 42 S. 347 § 17: In besonderen Fällen, in denen die gewöhnlichen Postwege gar nicht oder schwer zu passieren sind, können die ordentlichen Posten, die Extraposten, Kuriere und Estafetten sich der Neben- und Feldwege sowie der ungehegten Wiesen und Äcker bedienen, unbeschadet jedoch des Rechts der Eigentümer auf Schadensersatz. Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 RGBl. 1874 No. 17 S. 73 § 9 Abs. 2: während der Seenot ist der Strandvogt befugt, zur Rettung von Menschenleben die erforderlichen Fahrzeuge und Gerätschaften, sowie jeden ausserhalb der öffentlichen Wege zum Strande führenden Zugang auch ohne Einwilligung des Verfügungsberechtigten in Anspruch zu nehmen. Der hieraus entstehende wirkliche Schaden ist zu vergüten.

2 HGB. §§ 700 ff.

der Küstengewässer vom 6. Mai 1882 (RGBl. 1884 No. 11 S. 25) Art. 20, 21: „Wenn Netze, welche verschiedenen Fischern zugehören, sich in einander verwickeln, so ist es verboten, dieselben ohne das Einverständnis beider Teile zu zerschneiden. Jede Verantwortlichkeit fällt jedoch hinweg, wenn die Unmöglichkeit, die Netze auf andere Art zu trennen, bewiesen wird. — Wenn ein Fischerfahrzeug, welches mit Grundangeln fischt, seine Angelleinen mit denen eines andern Fahrzeugs kreuzt, so ist es demjenigen, der die Leinen aufnimmt, verboten, sie zu zerschneiden, höhere Gewalt ausgenommen, in welchem Falle die zerschnittene Angelleine unmittelbar darnach wieder zusammen geknotet werden muss.

Diese Bestimmungen tragen alle Notstandscharakter und sind Vorläufer der in den §§ 904 und 228 BGB. gegebenen allgemeinen Normen. Wir lassen sie daher unberücksichtigt.

Die besonderen Fälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz, die das BGB. giebt oder aufrecht erhält, sind fast ausschliesslich Fälle der eigenmächtigen Anspruchsverwirklichung, der Selbstbefriedigung. Wir stellen jedoch auch vereinzelte Fälle der Selbstverteidigung fest und betrachten diese der Einteilung des I. Abschnitts gemäss zuerst.

1. Die Selbstverteidigung.

Das Gesetzbuch selbst giebt einen besonderen Fall statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden

Besitz zum Zwecke der Selbstverteidigung nicht. Es finden sich derartige Fälle jedoch in dem durch das Einführungsgesetz aufrecht erhaltenen Landesrecht.

In Betracht kommen die Art. 69 und 130 des Einführungsgesetzes.

Nach Art. 69 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei unberührt. Die Landesgesetze geben nun vielfach dem Jagdberechtigten ein über die allgemeinen Notstandsbefugnisse hinausgehendes Recht, sich revierender Hunde und auch Katzen zu erwehren. So bestimmt zum Beispiel das allgemeine Landrecht Teil II, Titel 16 § 65: „Ungeknüppelte gemeine Hunde ingleichen Katzen, die auf Jagdrevieren herumlaufen, kann jeder Jagdberechtigte töten."

Dieses Tötungsrecht geht weit über die allgemeinen Selbstverteidigungsbefugnisse hinaus. Im Interesse des Wildbestandes und mit Rücksicht auf den meist niedrigen Wert „gemeiner"[1] Hunde sind diesem Rechte die Voraussetzungen, die für das allgemeine Notstandsrecht gefordert werden, erlassen. Was die Auslegung der Gesetzesstelle betrifft, so sei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. Dezember 1881 hingewiesen. Danach steht das Tötungsrecht nur dem Jagdberechtigten persönlich zu. „Herumlaufen" ist gleich „aufsichtslos herumlaufen"; ein Hund, der eine Person begleitet, darf also nicht getötet werden. Diese Auslegung ist dem

1 Jagd- und Windhunde sind in §§ 66 und 67 a. a. O. etwas bevorzugt.

Zweck der Bestimmung angemessen. Wer von dem Tötungsrecht Gebrauch macht, begeht regelmässig einen Eingriff in fremden Besitz, da sich auch das revierende Tier noch im Besitze seines Herrn befindet Die Tötung begründet als rechtmässige Selbstverteidigungshandlung keinen Schadensersatzanspruch, Notwehr ist gegen sie unzulässig.

Ähnliche Befugnisse giebt das in Art. 130 aufrechterhaltene landesgesetzliche Taubenrecht. Für Preussen kommt hier in Betracht § 40 der Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 (GS. S. 376): Tauben, welche jemand hält, ohne ein wirkliches Recht dazu zu haben[1], sind, wenn sie im Freien betroffen werden, ein Gegenstand des Tierfangs (ALR. I,9 § 111). Durch Gemeindebeschlüsse kann aber sowohl in Städten, als in ländlichen Gemeinden bestimmt werden, dass auch die Tauben desjenigen, welcher ein Recht hat, solche zu halten, wenn dieselben zur Saat- und Erntezeit im Freien und besonders auf den Äckern betroffen werden, Gegenstand des Tierfangs sein sollen. (Dergleichen Gemeindebeschlüsse bedürfen jedoch zu ihrer Gültigkeit der Bestätigung der Regierung.)

Wichtiger als diese vereinzelten Bestimmungen des Landesrechts sind die besonderen Fälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz, die das Gesetzbuch selbst aufstellt. Es sind sämtlich Fälle der Selbstbefriedigung.

---

1 Nach ALR. I,9 § 113 hat das Recht, Tauben zu halten, nur derjenige, welcher tragbare Äcker in der Feldflur hat oder zu nutzen berechtigt ist.

II. Die Selbstbefriedigung.

Bei der Ermittelung der vom Gesetzbuch zugelassenen Fälle muss man vorsichtig zu Werke gehen. Es liegt die Gefahr nahe, dass man das Recht zu eigenmächtigem Besitzeingriff zu freigebig verteilt. Man muss stets bedenken, dass solche Fälle durchaus anormal sind und dass das Gesetz sie deshalb so ausdrücklich bezeichnen muss, dass kein Zweifel mehr bleiben kann. Wenn jemand berechtigt ist, eine Sache in Besitz zu nehmen, so heisst das noch lange nicht, dass er dieses Recht eigenmächtig ausüben darf. So ist u. E. weder dem Ehemann nach § 1373 noch dem Testamentsvollstrecker nach § 2205 die Befugnis eingeräumt, die zum eingebrachten Gute resp. zum Nachlass gehörenden Sachen eigenmächtig in Besitz zu nehmen. Die entgegengesetzte Ansicht findet sich allerdings auch, würde aber zu unhaltbaren Konsequenzen führen.[1] Es müsste der Mann resp. der Testamentsvollstrecker nach der allgemeinen Fassung der Paragraphen auch zur Eigenmacht berechtigt sein, wenn sich die Sachen im Besitze Dritter befinden. Dies kann das Gesetz unmöglich beabsichtigt haben.

Prüft man mit der gebotenen Vorsicht nach, so stellen sich als besondere Fälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz, soweit sie das BGB. aufstellt, drei heraus: die Fälle der

1 z. B. Leske a. a. O. S. 361: „eine Ausnahme von dem Verbote der Eigenmacht ist nur da zulässig, wo das Gesetz sie ausdrücklich gestattet. Anm. 1: z. B 2205 u. a. Wo findet Leske in diesem Paragraphen die Ausdrücklichkeit?

§§ 561 (581, 704) 910 und 962. Dass hier die Zulässigkeit der Eigenmacht keinem Zweifel unterliegt, wird sich bei der Besprechung der einzelnen Fälle ergeben.

a. Die Eigenmachtsrechte aus § 561 (581, 704).

§ 561, Abs. 1 lautet: „Der Vermieter darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen." Der Wortlaut dieser Bestimmung („auch ohne Anrufen des Gerichts") lässt klar ersehen, dass dem Vermieter hier das Recht der Eigenmacht gegeben ist. Das Pfandrecht des Vermieters, das nicht mit dem Besitze der von ihm ergriffenen Sachen verbunden ist, bedurfte dieser Verstärkung, wenn seine Verwirklichung nicht schwer gefährdet werden sollte. Zwar kommt das Pfandrecht mit der Entfernung der Sachen nur dann zum Erlöschen, wenn die Entfernung mit Wissen und ohne Widerspruch des Vermieters erfolgt, aber ein Pfandrecht an beweglichen Sachen, die sich nicht im Besitze des Gläubigers befinden, ist derart schwach, geht insbesondere durch Veräusserung der Sache an einen gutgläubigen Dritten so leicht zu Grunde (§ 936), dass die Rechtsstellung des Vermieters eines energischen Schutzes sehr bedürftig ist. Diese Notwendigkeit ist schon im römischen Rechte, in den meisten Partikularrechten und nun auch im BGB. erkannt worden (vgl Motive Bd. II S. 409).

Die statthafte Eigenmacht des Vermieters richtet sich darauf, die Entfernung der Sachen zu verhindern und beim Auszug des Mieters die Sachen in Besitz zu nehmen. Dem Zugriff unterliegen nur die Sachen, die das gesetzliche Pfandrecht ergreift und deren Entfernung der Vermieter zu widersprechen berechtigt ist. Es sind dies nach § 559 die eingebrachten Sachen des Mieters, also nicht die Dritter (der Ehefrau, Kinder etc.) und auch nicht die des Aftermieters.[1] Ausgenommen sind die nach § 811 der ZPO. unpfändbaren Sachen. Von diesen dem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Illaten sind diejenigen dem eigenmächtigen Zugriff entzogen, deren Entfernung der Vermieter nach § 560 nicht widersprechen kann, nämlich diejenigen, deren Entfernung im regelmässigen Betriebe des Geschäfts des Mieters oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt und diejenigen, nach deren Entfernung zur Sicherung des Vermieters noch offenbar ausreichende Sachen zurückbleiben.

Sind die Sachen einmal vom Grundstück entfernt, so zessiert das Eigenmachtsrecht des Vermieters. Er ist jetzt auf den Klageweg angewiesen, um sich den Besitz der Sachen, zu dem er nach § 561 Abs. 2 berechtigt ist, zu verschaffen. Diesen Anspruch kann er nur dann gegen den Mieter und schlechtgläubige Dritte eigenmächtig durchsetzen,

1 Das BGB. weicht hierin vom gemeinen Recht ab. vgl. Dernburg, Pandekten Bd. I. 2 S. 267 und l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione 13,7.

wenn die Voraussetzungen des § 229, der allgemeinen Selbsthülfe, gegeben sind.

Dieselben Rechte, wie sie § 561 dem Vermieter gewährt, stehen nach § 581 Abs. 1 auch dem Verpächter und nach § 704 dem Gastwirt zu. Der Kreis der dem Zugriff des Verpächters freigegebenen Sachen ist durch § 585 Satz 2 etwas erweitert: das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Früchte des Grundstücks und auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen.

b. Das Eigenmachtsrecht aus § 962.

§ 962 ordnet einen Spezialfall des § 867. Nach letzterem hat der Besitzer, dessen Sache auf ein im Besitze eines andern befindliches Grundstück gelangt, einen Anspruch darauf, dass ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung der Sache gestattet, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Dieser Anspruch muss, wenn der Besitzer des Grundstücks sich widersetzt, im Wege der Klage geltend gemacht werden. Zur eigenmächtigen Durchführung des Anspruchs darf der Berechtigte nur schreiten, wenn die Voraussetzungen des § 229 vorliegen.

§ 962 trifft nun besondere Bestimmungen für den Fall, dass die Sache, die auf das fremde Grundstück gerät, ein Bienenschwarm ist. Im Interesse der Bienenzucht hat das Gesetz zunächst die dem Grundstücksbesitzer auferlegte Duldungspflicht erweitert. Er muss es sich nicht nur gefallen lassen, das der Eigentümer des Schwarmes

das Grundstück zum Zwecke der Aufsuchung und Wegschaffung betritt, sondern der Eigentümer erhält auch das Recht, falls der Schwarm in eine fremde, nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen ist, zum Zwecke des Einfangens die Wohnung zu öffnen und die Waben herauszunehmen oder herauszubrechen. Den entstehenden Schaden hat er zu ersetzen. Eine weitere Besonderheit der Bestimmung liegt darin, dass dem Eigentümer des Schwarmes die Sicherheitsleistung für den etwa entstehenden Schaden erlassen ist.

Mehr lässt sich aus dem Wortlaute des Paragraphen allein nicht schliessen, insbesondere nicht, dass der Berechtigte seinen Anspruch eigenmächtig, wenn nötig, mit Gewalt durchführen dürfte. Es ergiebt sich das aber aus dem Sinne der Bestimmung. Was oben von § 904 gesagt ist, gilt auch hier. Im Falle des § 962 werden stets die Voraussetzungen des § 229 gegeben sein, und durch Kombination der beiden Paragraphen gelangen wir zu dem Resultate, dass der Anspruch aus § 962 eigenmächtig durchgeführt werden darf, dass wir hier also einen der besonderen Fälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz vor uns haben. Das Gesetz stellt zu Gunsten des Eigentümers des Schwarmes die Vermutung auf, dass der Anspruch aus § 962 durch das Abwarten obrigkeitlicher Hülfe in seiner Durchführung wesentlich erschwert, wenn nicht vereitelt würde. Dass das Gesetz sich bewusst ist, dass in solcher Lage dem Bienenzüchter keinerlei Zögern zug e m u

werden kann, ergiebt sich auch daraus, dass es von einer Sicherheitsleistung für den etwa entstehenden Schaden ausnahmsweise absieht. Es wird im Falle des § 962 vermutet, dass stets die Bedingung des § 867, Satz 3 erfüllt, dass nämlich mit einem Aufschube Gefahr verbunden ist, für welchen Fall die Sicherheitsleistung auch nach § 867 nicht verlangt werden kann.

Man musste dem Schwarmeigentümer das Eigenmachtsrecht auch notwendigerweise zugestehen. Andernfalls könnte der Grundstücksbesitzer durch das Verbot, das Grundstück zu betreten, den Bienenzüchter des Eigentums am Schwarme berauben. Denn wenn der Eigentümer bei der Verfolgung des Schwarmes auf Gebot des Grundstücksbesitzers an dessen Grenzen halt machen und nunmehr die Hülfe des Richters anrufen müsste, so gäbe er damit die Verfolgung des Schwarmes (unter der nur die physische, nicht die prozessuale verstanden werden kann) auf, der Schwarm würde gemäss § 961 herrenlos und wäre der Aneignung jedes Dritten preisgegeben. Zwar bliebe dem Eigentümer gegen den Grundstücksbesitzer wegen Verletzung der Duldungspflicht eine Deliktsklage, aber damit wäre dem Bienenzüchter nicht nur häufig schlecht gedient, sondern der ganze Zweck der zu Gunsten der Bienenzucht getroffenen Sonderbestimmung wäre vereitelt, wenn man es in das Belieben des Grundstücksbesitzers stellen würde, den Bienenzüchter als beweispflichtigen Kläger mit einer ihrer Höhe nach schwer bestimmbaren Forderung zu einem langwierigen Prozesse zu zwingen.

C. Das Eigenmachtsrecht aus § 910.

Während sich in den bisher besprochenen besonderen Fällen des statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz eine Verwandtschaft mit den Notstandsfällen nicht verkennen liess, wenden wir uns nunmehr zu einer ganz alleinstehenden Bestimmung. Es handelt sich dabei um eigentümliche nachbarliche Verhältnisse, die eine spezielle Regelung erfordern.

Der Inhalt des Eigentums umfasst das Recht, andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschliessen.[1] So kann der Eigentümer eines Grundstücks (mit gewissen Schranken[2]) jedes Eingreifen seiner Nachbarn in sein Grundstück, d. h. den Raum über der Oberfläche und den Erdkörper unter der Oberfläche,[3] verbieten. Zur Ausübung dieses Verbietungsrechts ist ihm eine Klage gegeben, die actio negatoria des römischen Rechts, die Klage aus § 1004 des BGB Stellt die Einwirkung eine Besitzstörung dar, so kann er aus § 862 Beseitigung der Störung verlangen.

Eine unvermeidliche Einwirkung vom Nachbargrundstücke aus besteht nun darin, dass die Zweige der nachbarlichen Bäume und Sträucher in den Luftraum des Grundstücks hineinragen, die Wurzeln in den Erdkörper eindringen. Es entsteht da eine Reihe von Fragen. Soll der Eigentümer auf die Negatorien- oder die Besitzstörungsklage beschränkt

1 BGB. § 903.
2 ebd. §§ 905, 906.
3 § 905 S. 1.

sein oder soll er die Beeinträchtigung auch eigenmächtig beseitigen dürfen? Muss er die Beeinträchtigung nicht überhaupt bis zu einem gewissen Grade dulden? Sollen neben einem Eigenmachtsrecht auch die Klagen noch statthaft sein? Wem sollen die eigenmächtig abgeschnittenen Pflanzenteile gehören? Die Beantwortung dieser Fragen, die schon im ältesten Recht auftauchen, hat zur Aufstellung mehrerer besonderen Rechtsnormen geführt, deren Summe man als Überhangsrecht bezeichnet.

Im römischen Recht konnte der Grundstückseigentümer zunächst mittels der negatoria die Entfernung der Wurzeln und der überhängenden Zweige bis zur Höhe von 15 Fuss[1] verlangen. Ausserdem gewährte ihm das interdictum de arboribus caedendis[2] das Recht, die überhängenden Zweige mit der angegebenen Beschränkung eigenmächtig abzuschneiden und das Holz zu behalten.[3] Ein Interdikt des Kaisers Alexander dehnte das Recht eigenmächtiger Wegnahme auf eingedrungene Wurzeln aus.[4]

---

1 quindecim pedes a terra altius. Über die Auslegung dieser Worte herrscht Streit. Die im Text gegebene ist z. B. die Windscheids, Pand. Bd. I, S. 765. Puchtas, Institutionen Bd II, S. 165, Dernburgs, Pand. Bd. I. 2, S. 79, Anm. 7. Hing ein Baum über ein Gebäude. so konnte Entfernung des ganzen Baums verlangt werden.

2 D. 43, 27.

3 v. Thur a. a. O. S. 72. Windscheid a. a. O. S. 765 scheint eigenmächtiges Abschneiden nicht für statthaft zu halten.

4 c. 1 de interd, 8,1.

Das preussische Recht weist gegenüber dem römischen einige Abweichungen auf. Es gestattet unbeschränkt das eigenmächtige Abhauen der überhängenden Zweige und eingedrungenen Wurzeln, dagegen legt es dem Grundstückseigentümer die Pflicht auf, das Holz dem Nachbarn auszuliefern. Ob die Beseitigung auch mit der Negatorienklage verlangt werden kann, ist bestritten.[1]

Der code civil giebt bei Überhang von Zweigen nur die Klage; Wurzeln dürfen eigenmächtig entfernt werden.[2]

Das BGB. hat sich keinem dieser Rechte genau angeschlossen, sondern selbständig Bestimmungen geschaffen, die dem Bedürfnis der Landwirtschaft in gleicher Weise Rechnung tragen, wie sie eine Wahrung der Interessen des Grundstückseigentümers ermöglichen.

§ 910 giebt dem Grundstückseigentümer das Recht, überhängende Zweige und eingedrungene Wurzeln eines Baumes oder Strauches eigenmächtig abzuschneiden und zu behalten. Der hierin liegende eigenmächtige Eingriff in fremden Besitz ist also statthaft. Das Eigenmachtsrecht ist jedoch an verschiedene Bedingungen geknüpft.

Zunächst ist das Recht allgemein beschränkt durch den Abs. 2 des Paragraphen: „dem Eigentümer steht dieses Recht nicht zu, wenn die Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstücks

1 Dafür Dernburg a. a. O. S. 522, dagegen O. Trib. im Präj. 2615 E Bd. XXX, S. 431 fg.

2 c. c. Art. 672.

nicht beeinträchtigen.“ Diese Bestimmung ist allerdings als eine Anwendung des im § 226 des Gesetzes aufgestellten Prinzips des Chikaneverbots nicht zu verkennen, es verlohnt sich aber des Hinweises, dass sie doch über den Rahmen dieses Verbots hinausgreift. Ein Beispiel zeigt dies: Ein Bauer besitzt ein langgestrecktes Grundstück, das sich neben einem Walde hinzieht, dessen kräftiger Baumbestand mächtige Äste und Wurzeln herübersendet, ohne allerdings das nur als Weide dienende Grundstück in seiner Benutzung irgendwie zu beeinträchtigen. Der Bauer darf sich Zweige und Wurzeln nicht aneignen, obwohl ihm die Absicht, den Waldeigentümer zu schädigen, völlig fern liegt und ihm das Holz als Brennmaterial sehr gelegen käme. Mit Hülfe des § 226 käme man also zu diesem Ergebnis nicht; es bedarf der Anwendung des Abs. 2 des § 910, durch den nicht nur die Ausübung des Rechtes, sondern das Recht selbst beschränkt wird. Wir haben hier gleichzeitig wieder einen Nachweis der Richtigkeit obiger[1] Behauptung, Eigenmacht könne nur zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes statthaft sein: der Grundstückseigentümer erhält nicht bedingungslos das Recht, die überhängenden Zweige und eingedrungenen Wurzeln sich eigenmächtig anzueignen; er hat dieses Recht nur, wenn der Schutz seines Grundstücks die Beseitigung erfordert.

Eine weitere Beschränkung gilt für das eigenmächtige Abschneiden der überhängenden Zweige.

1 s. o. S. 12.

Während die eingedrungenen Wurzeln ohne weiteres abgeschnitten werden dürfen, muss der Grundstückseigentümer dem Besitzer des Nachbargrundstücks zur Beseitigung der überhängenden Zweige eine angemessene Frist setzen und darf erst zur Eigenmacht schreiten, wenn diese Frist unbenutzt bleibt. Diese Bestimmung bedeutet eine wohlwollende Konzession an den Baumbesitzer, dem man die Möglichkeit lässt, seine Pfleglinge vor dem rauhen Eingriff einer fremden Hand zu bewahren.

Die Frist soll eine angemessene sein. Wie nun, wenn der Grundstückseigentümer eine unangemessene, zu kurze Frist bestimmt hat? Ist in diesem Falle die Fristbestimmung überhaupt ohne rechtliche Folgen und bedarf es einer neuen, oder wird dadurch immerhin eine angemessene Frist in Lauf gesetzt? Aus dem Wortlaute lässt sich letztere Absicht des Gesetzes nicht entnehmen. Sie ist überhaupt von der Hand zu weisen, wenn man sieht, dass das Gesetz diese Absicht durch die Wahl des Ausdrucks kund zu thun pflegt. Vergleicht man z. B. die §§ 250, 283, 326, 634 mit unserer Gesetzesstelle, so sind in jenen Paragraphen Wendungen gebraucht wie: „wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt“ oder „wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist“, „wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist“, während es hier heisst: „wenn die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt.“ Durch die Wendung mit „rechtzeitig“ giebt das Gesetz seine Absicht kund, auch durch die Bestimmung einer zu kurzen Frist eine angemessene Frist in Lauf

gesetzt zu sehen. Hätte es diese Absicht auch in der uns vorliegenden Gesetzesstelle, so würde es sich auch hier in jener Weise ausdrücken.[1]

War die Frist angemessen, so hat nach ihrem Ablauf der Grundstückseigentümer das Recht, die Zweige eigenmächtig abzuschneiden und zu behalten. Man muss annehmen, dass er zu diesem Zwecke nötigenfalls das Nachbargrundstück auch betreten darf, dass der eigenmächtige Besitzeingriff auch in diesem Umfang statthaft bleibt.

Man könnte daran denken, dass nach dem Ablauf der Frist der Baumbesitzer die Zweige nicht mehr selbst beseitigen dürfte, sondern sie nunmehr der eigenmächtigen Wegnahme des Nachbarn preisgeben müsste. Keineswegs. Mag er sie auch jetzt

---

1 Über diese Frage herrscht in der Litteratur noch Unklarheit. Biermann in seinem Kommentar zum Sachenrecht. Berlin 1898, vertritt in seiner Bem. 1 b zu § 910 unsere Ansicht, dass im vorliegenden Falle durch die Bestimmung einer zu kurzen Frist eine angemessene Frist nicht in Lauf gesetzt werde. Er verweist dabei auf Planck, der in seinem Kommentar dieselbe Ansicht äussere. Nun findet sich die betreffende Stelle bei Planck aber als Bemerkung 2 zu § 250, d. h. einem Paragraphen, der die Wendung mit „rechtzeitig" enthält, den wir also gegenteilig auslegen müssen. Biermann weist a. a. O. noch auf Cosack hin, der in seinem Lehrbuch I. S. 348 die gegenteilige Ansicht, wie er, vertrete Nun thut das Cosack a. a. O. allerdings für die Gesetzesstellen, in denen die Wendung mit „rechtzeitig" gebraucht ist und u. E. auch mit Recht z. B. für § 250. Daraus dass er zu dieser Auslegung aber durch das Wort „rechtzeitig" allein bewogen wird, lässt sich schliessen, dass er die Paragraphen, wo das Wort nicht gebraucht ist, umgekehrt interpretieren wird, also z. B. auch § 910. Cosack ist also für diesen Paragraphen derselben Ansicht wie Biermann. — Versehentlich wird übrigens von Cosack a. a. O. Anm. 25 auf den § 99,2c des Lehrbuchs verwiesen, für den nicht Ähnliches sondern das Gegenteil gilt.

noch abschneiden. Desto besser! denn diese Regelung der Angelegenheit ist dem Gesetz die erwünschtere. Das Ziel der Bestimmung ist nicht, dem Grundstückseigentümer das Eigentum an den Zweigen zu verschaffen; das Ziel ist vielmehr erreicht, wenn die Zweige entfernt sind. Dass man den Grundstückseigentümer das Holz behalten lässt, soll eine kleine Entschädigung für die aufgewandte Mühe sein und Streitigkeiten betreffend die Herausgabe vorbeugen. Der Baumbesitzer darf also auch nach dem Ablaufe der Frist mit dem Baum frei schalten und walten — er dürfte ihn ja auch ganz abhauen.

Oben wurde bereits erwähnt, dass in manchen Rechten die Eigenmacht des Grundstückseigentümers das einzige Hülfsmittel gegen diese Art von Einwirkungen war, dass die Negatorienklage ihnen gegenüber versagte. Diese Regelung hat nun auch das BGB. getroffen. Aus den Protokollen der II. Kommission[1] geht hervor, dass die Fassung des Paragraphen absichtlich gewählt wurde, um die Klagen aus § 1004 und § 862 auszuschliessen.[2] Das erschien aus Billigkeitsgründen geboten. Man darf dem Grundstückseigentümer nicht die Möglichkeit lassen, seinen Nachbarn, der an einem Hinüberwachsen der Zweige und Wurzeln keine Schuld trägt, zu einer umständlichen, zeitraubenden Arbeit zu zwingen. Er hat sich, was eine tagtägliche Er-

1 amtl. Ausg. Bd. III, S. 138 fg.

2 Der I. Entwurf wollte die Klagen zulassen. vgl. Motive Bd. III, S. 287.

fahrung ist, den Überhang vielleicht Jahre lang gefallen lassen; mag er nun, wenn ihm die Beeinträchtigung seines Grundstücks eines Tages auffällt, die Ausästung selbst vornehmen und das Holz als Entschädigung für seine Mühe behalten. Den sprichwörtlich gewordenen chikanösen Nachbarprozessen arbeitet diese Regelung nebenbei auch wirksam entgegen.

Sind nun Negatorien- und Besitzstörungsklage mit gutem Grunde ausgeschlossen, so wird man dem Grundstückseigentümer die gerichtliche Hilfe nicht versagen, wenn er bei Beseitigung des Überhangs Widerstand findet.* Zwar ist er solchem Widerstand gegenüber in Notwehr, weil sein Eingriff rechtmässig ist; aber soll er es auf einen Faustkampf ankommen lassen müssen, um sein Recht durchzusetzen? Zweifellos ist ihm eine Klage auf Duldung der Beseitigung zu gewähren.[1]

Es erübrigt noch, die Bestimmungen der Art. 122 und 183 des EFG. zum BGB. zu erwähnen, die das landesgesetzliche Überhangsrecht für Obstbäume und für Wald (bis zur nächsten Verjüngung) aufrechterhalten, wodurch das Eigenmachtsrecht des Grundstückseigentümers in manchen Beziehungen eingeschränkt wird.

d. Das Eigenmachtsrecht aus Art. 89 EFG. z. BGB.

Weitere Sonderfälle statthaften eigenmächtigen Eingriffs in fremden Besitz hat das BGB. nicht

1) ebenso Windscheid a. a. O. S. 766.

gegeben. Es muss jedoch noch eines Instituts gedacht werden, das in den Landesrechten grössere Bedeutung hat und vom BGB. laut Art. 89 des EFG. unberührt bleibt. Art. 89 besagt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen mit Einschluss der Vorschriften über die Entrichtung von Pfandgeld oder Ersatzgeld." Es handelt sich um das deutschrechtliche Institut der Privatpfändung, das, dem römischen Recht unbekannt, im älteren germanischen Rechte von sehr grosser Bedeutung war. Jetzt besteht es landesrechtlich in beschränktem Umfange dank dem Art. 89 weiter. In Preussen hat es sich folgendermassen gestaltet:[1]

Die eigenmächtige Pfändung ist nur gestattet an Vieh, das unberechtigterweise land- oder forstwirtschaftlich benutzte Grundstücke betritt. Dieses Vieh kann der Eigentümer des Grundstücks, sowie auch der Nutzungsberechtigte, die Personen, welche die Aufsicht über das Grundstück führen, oder zur Familie, zu den Dienstleuten, zu den auf dem Grundstück beschäftigten Arbeitsleuten des Besitzers gehören, auch der Feld- und der Forsthüter pfänden d. h. eigenmächtig in Besitz nehmen.

Dem Pfändungsrecht unterliegt nicht nur das Vieh, das, sich selbst überlassen, etwa bei der Weide das Grundstück betritt, sondern auch Reit- und Zugtiere, die sich unter Aufsicht befinden.

---

1) Pr. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. April 1880.

Gleichgiltig ist, ob das Vieh thatsächlich Schaden angerichtet hat, auch ist das Recht zur Eigenmacht nicht davon abhängig, dass obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Hierin liegen zwei ausserordentliche Vergünstigungen dieses Rechtes.

Die Pfändung des Viehs ist nur zulässig auf der Stelle oder in unmittelbarer Verfolgung. Es darf nur die erforderliche Gewalt angewandt werden. Die in Besitz genommenen Tiere sind sorgsam zu pflegen. Weitere Einzelheiten (Anzeigepflicht etc.) interessieren hier nicht.

Gegen die Pfändung findet, da sie rechtmässig ist, Notwehr nicht statt; Pfandwehrung und Pfandkehrung (gewaltsame Zurücknahme der gepfändeten Sache) wird bestraft. Die gepfändeten Tiere haften für den entstandenen Schaden oder die Ersatzgelder[1] und für alle durch die Pfändung und die Schadensfeststellung verursachten Kosten.[2]

1) s. §§ 69—76 des Ges. v. 1. April 1880 (der Anspruch auf Ersatzgeld ist unabhängig von dem Nachweise eines Schadens).

2) § 78,1 des Ges.